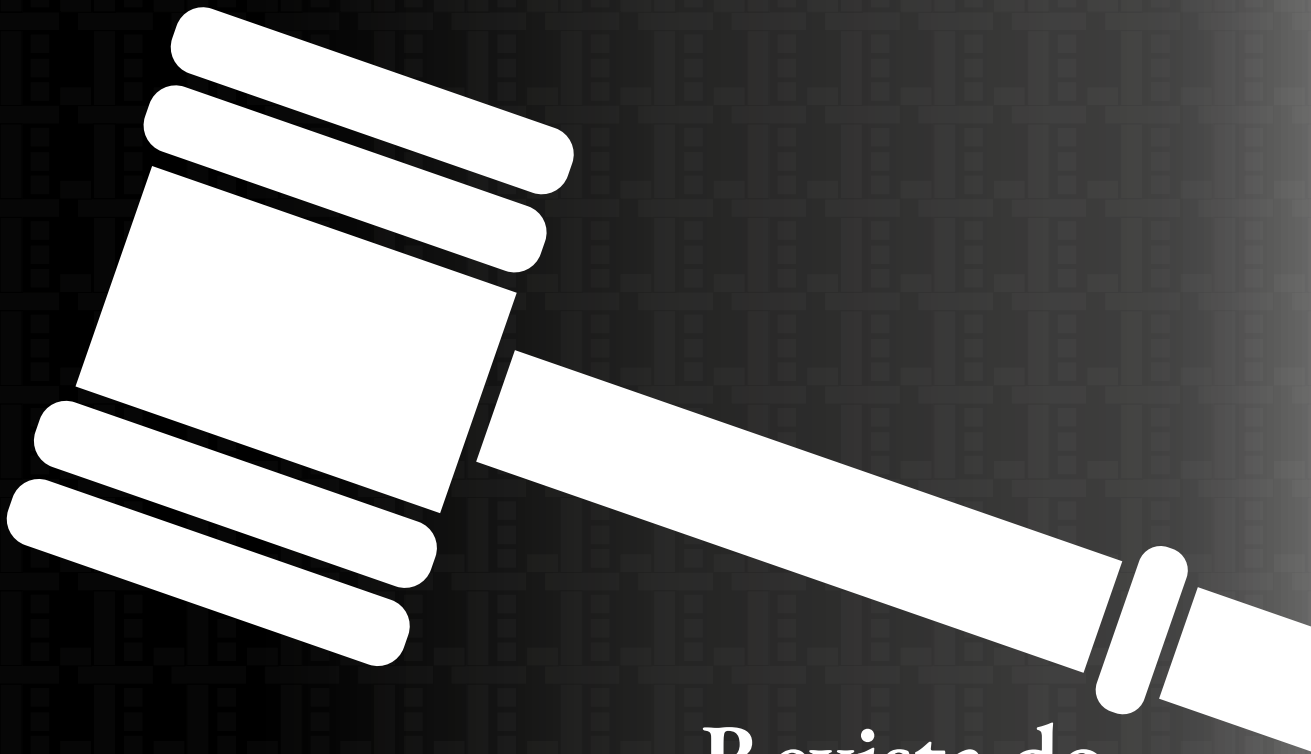




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-551X



REITORA

Prof. Dr^a. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR

Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitora: Prof^a. Dr^a. Silvia Márcia Ferreira Meletti

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo

Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli

Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Claudio César Machado Moreno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dra. Ana Cláudia Duarte

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Vice-Coordenadora: Profa. Dra. Patricia Ayub da Costa Ligmanovski

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial
Universidade Estadual de Londrina. - Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997)
Londrina : Ed. da UEL, 1997; .v.3 : 29 cm

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 19, n. 3, ago (2024)

ISSN 1980-511X (online)

1. Direito Público - Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

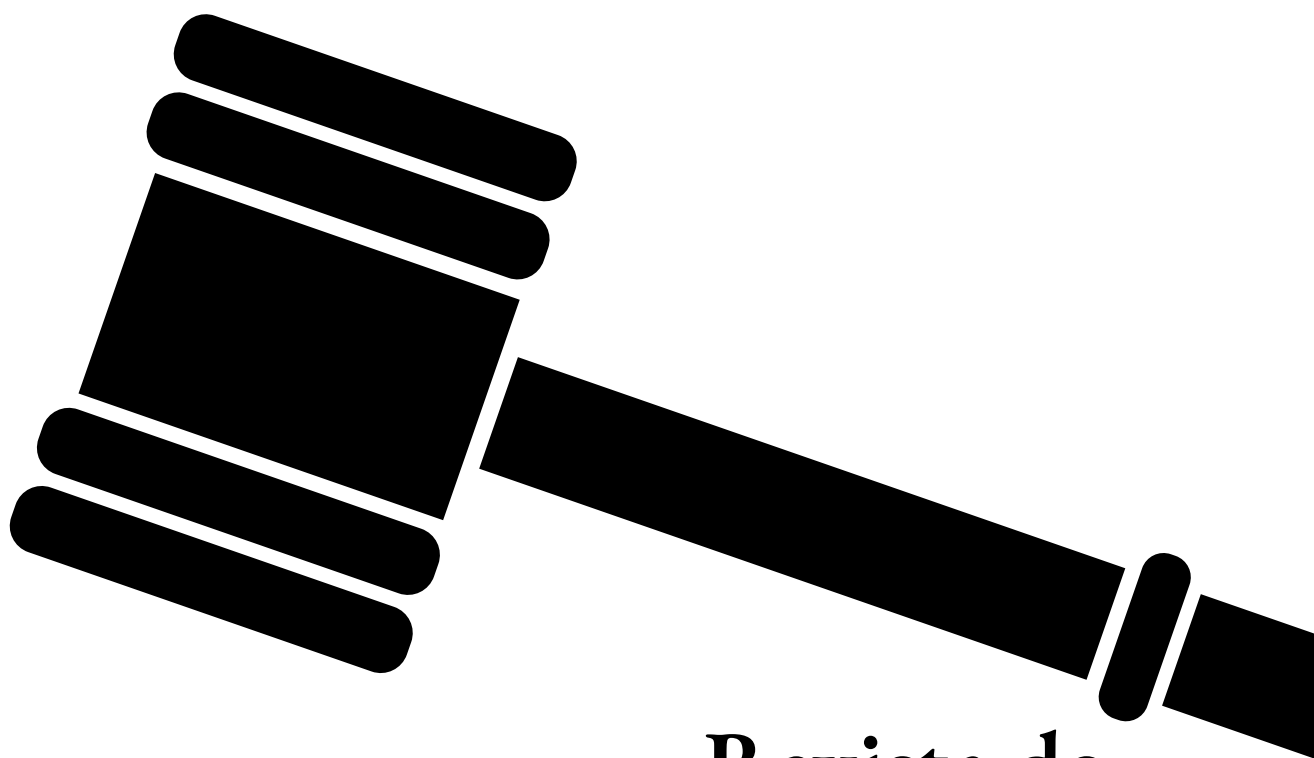
CDU-342

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do

DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-551X

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU EM
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial
da Universidade Estadual de Londrina

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITOR-ADJUNTO

José Ricardo Suter
Patrícia Ayub da Costa
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITORES DE SEÇÃO

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Beatriz Ribeiro Lopes Barbon
Fernanda Shimomura Zuffa
Franciele Barbosa Santos
Isabela Nabas Schiavon
Lillian Zucolote de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

ASSESSORES TÉCNICOS

Ana Luiza Mendes Mendonça (Assessoria técnica)
Bruna Faria (Tradução)
Eduardo Bueno Rodrigues (Projeto Gráfico e Diagramação)
Elaine Cristina de Souza Silva Arvelino (Suporte editorial)
Natali Silvana Zwaretch (Bibliotecária)
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

CONSELHO CONSULTIVO

Adriana Campos – Universidade Federal de Minas Gerais

Adriano da Silva Ribeiro – Universidade Federal Fluminense

Alaerte Antonio Martelli Contini – Universidade Federal da Grande Dourados

Alberto Paulo Neto – Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Alessandra Cristina Furlan – Universidade Estadual do Norte do Paraná

Alexis Couto de Brito – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Ana Claudia Pompeu Andreucci – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Ana Paula de Fátima Coelho – Universidade do Estado de Minas Gerais

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Anderson Vichinkeski Teixeira – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

André Felipe Soares de Arruda – Universidade Federal de Goiás

Angelo Ricardo Christoffoli – Universidade do Vale do Itajaí

Bruno César Lorencini – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Carla Marshall – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Carlos Augusto de Assis – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Carlos Henrique Ramos – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ

Carlos Mauricio Lociks de Araújo – Universidade de Brasília

Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense

Clarice Beatriz da Costa Sohngen – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Claudia Aguiar Silva Britto – Universidade Federal Fluminense

Cláudio Machado Maia – Universidade Comunitária da Região de Chapecó

Cleber Sanfelici Otero – Unicesumar

Cristiano Gomes de Brito – Universidade Federal de Uberlândia

Cristina Godoy Bernardo de Oliveira – Universidade de São Paulo

Daniela Braga Paiano - Universidade Estadual de Londrina

Daiane Moura de Aguiar – Universidade Anhembí Morumbi

Diego Richard Ronconi – Universidade do Vale do Itajaí

Dirce Nazare de Andrade Ferreira – Universidade Federal do Espírito Santo

Edilton Meireles de Oliveira Santos – Universidade Federal da Bahia

Edna Raquel Hogemann – Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Eloy Pereira Lemos Junior – Fundação Universidade de Itaúna

Fabiano Dolenc Del Masso – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Fábio Guedes de Paula Machado – Universidade Federal de Uberlândia

Fernanda Andrade Almeida – Universidade Federal Fluminense

Fernando Angelo Ribeiro Leal – Fundação Getúlio Vargas/RJ

Flávio Couto Bernardes – Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto – Universidade Federal de Pernambuco

Geziela Iensue – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Gustavo Osna – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Hector Luiz Martins Figueira – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ, Centro Universitário de Valença

Henrique Viana Pereira – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
 Jamile Gonçalves Calissi – Universidade do Estado de Minas Gerais
 João da Cruz Gonçalves Neto – Universidade Federal de Goiás
 João Porto Silvério Junior – Universidade de rio Verde
 Jorge Luis Mialhe – Universidade de São Paulo
 José Carlos Francisco – Universidade Presbiteriana Mackenzie
 José Eduardo Lourenço dos Santos – Centro Universitário Eurípedes de Marília
 Juliana Marteli Fais Feriato – Universidade Estadual de Maringá
 Karinne Emanuela Goettems dos Santos – Universidade Federal de Pelotas
 Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Centro Universitário do Pará
 Loreci Gottschalk Nolasco – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul
 Lucas Galvão de Britto – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
 Luis Alberto Reichelt – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
 Luiz Alberto Blanchet – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
 Luiza Landerdahl Christmann – Centro Universitário Católico de Santa Catarina
 Marcelo Negri Soares – Universidade Federal do Rio de Janeiro
 Marcelo Paulo Maggio – Fundação Escola Superior do Ministério Público/PR
 Márcia Cristina Xavier de Souza – Universidade Gama Filho
 Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita – Universidade Presbiteriana Mackenzie
 Maurinice Evaristo Wenceslau – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
 Monica Paraguassu Correia da Silva – Universidade Federal Fluminense
 Nelson Finotti Silva – Centro Universitário Eurípedes de Marília
 Osvaldo Ferreira de Carvalho – Universidade Estácio de Sá/GO
 Raquel Von Hohendorff – Universidade do Vale do Rio dos Sinos
 Rene Erick Sampar – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
 Roberto de Paula – Universidade Federal do Paraná
 Rogerio Mollica – Universidade de Marília
 Rogerio Montai de Lima – Universidade Federal de Rondônia
 Ronaldo Lindimar José Marton – Universidade Católica de Brasília
 Rubens Beçak – Universidade de São Paulo
 Sérgio Urquhart de Cademartori – Universidade Federal de Santa Catarina
 Thais Bernardes Maganhini – Universidade Federal de Rondônia
 Thami Covatti Piaia – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai/RS
 Tula Wesendonck – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
 Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sino

Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA
 Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil
 Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br Home
 page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

EDITORIAL	10
LIMITES DAS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS: ANÁLISE À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	12
<i>LIMITS OF TAX SANCTIONS: ANALYSIS IN THE LIGHT OF LEGAL CERTAINTY</i>	
Victor Pimenta Miranda Flávio Couto Bernardes	
O CASO KOLYNOS-COLGATE COMO MARCO DA CONSOLIDAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO – CADE	35
<i>THE KOLYNOS-COLGATE CASE AS A MILESTONE IN CONSOLIDATING THE COUNCIL OF ECONOMIC DEFENSE – CADE</i>	
Emerson Ademir Borges de Oliveira Laura de Andrade Ribeiro Martine Hélio Daniel de Favare Baptista	
FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO A PARTIR DA EDIÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL – LEI N. 14.026/2020	55
<i>WAYS OF PROVIDING PUBLIC BASIC SANITATION SERVICES FOLLOWING THE NEW LEGAL FRAMEWORK – LAW NO. 14.026/2020</i>	
Juliano Heinen	
CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA OCUPAÇÃO DE INDÍGENAS KAINGANG EM LONDRINA.....	73
<i>URBAN LAND CONFLICTS: AN EMPIRICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE OCCUPATION OF THE KAINGANG INDIANS IN LONDRINA</i>	
Andrea Bezerra de Melo Girão Mota Rafael Diogo Diógenes Lemos Mônica Mota Tassigny	
TECNOLOGIAS VESTÍVEIS E SUPERÁVIT COMPORTAMENTAL: A IMPOSIÇÃO DE PRODUTIVIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO POR MEIO DE TÉCNICAS INVASIVAS DE PRIVACIDADE.....	89
<i>WEARABLE TECHNOLOGIES AND BEHAVIORAL SURPLUS: THE IMPOSING OF PRODUCTIVITY IN THE WORKPLACE THROUGH INVASIVE PRIVACY TECHNIQUES</i>	
Raissa Arantes Tobbin Valeria Silva Galdino Cardin	
TRIBUTAÇÃO E BENEFÍCIOS FISCAIS DECORRENTES DA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA DE ENERGIA SOLAR.....	112
<i>TAXATION AND TAX BENEFITS RESULTING FROM DISTRIBUTED SOLAR ENERGY GENERATION</i>	
Paulo Roberto dos Santos Corval Priscila Petereit de Paola Gonçalves Leonardo Seiichi Sasada Sato	

A EMENDA CONSTITUCIONAL. N. 87/2015 E O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS À LUZ DO CONSTRUTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO NO ESTADO DO PARÁ143

THE EC. N. 87/2015 AND THE ICMS DIFAL: NORMATIVE CHANGES IN THE LIGHT OF SEMANTIC LOGICAL CONSTRUCTIVISM IN THE STATE OF PARÁ

Maria Stela Campos da Silva
Daniel Fraiha Pegado
Luiz Felipe da Fonseca Pereira

NEOLIBERALISMO E TEORIA DO ESTADO: CRÍTICA À ATUAÇÃO ESTATAL SOB A LÓGICA NEOLIBERAL161

NEOLIBERALISM AND STATE THEORY: CRITIQUE OF STATE ACTION UNDER THE NEOLIBERAL LOGIC

Robertônio Santos Pessoa
Zoraíma Brandão

EXECUTAR OU NÃO EXECUTAR? O CUSTO DA EXECUÇÃO FISCAL NO MUNICÍPIO DE LONDRINA/PR179

TO ENFORCE OR NOT TO ENFORCE? THE COST OF TAX ENFORCEMENT IN THE CITY OF LONDRINA/PR

Pablo Henrique Paschoal Capucho
Saulo Fabiano Amâncio Vieira
Vera Lucia Tieko Suguihiro

CULTURA DA DOAÇÃO, INCENTIVOS FISCAIS E FUNDOS PATRIMONIAIS ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....193

CULTURE OF DONATION, TAX INCENTIVES, AND ENDOWMENT FUNDS BETWEEN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF AMERICA

Lucas Gabriel Lopes Pinheiro
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff
Maria Stela Campos da Silva

DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ACESSO À INFORMAÇÃO E DIREITOS CONEXOS....213

JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN ACCESS TO INFORMATION AND RELATED RIGHTS

Diego Fonseca Mascarenhas

CONVÊNIO ICMS 100/97: ESTIMATIVA DE PERDA DE ARRECADAÇÃO EM 2017 230

ICMS AGREEMENT 100/97: ESTIMATED DROP IN TAX REVENUES IN 2017

Bruno Pinto Coratto
Luciana Turatti

**REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DO MODELO DISTRITAL MISTO DE
SUPERPOSIÇÃO NO PLEITO PARA O PARLAMENTO MUNICIPAL252**
*REFLECTIONS ON THE USE OF THE MIXED DISTRICT OVERLAY
MODEL IN THE ELECTION FOR MUNICIPAL PARLIAMENT*

Clóvis Júnior
Sebastião Sergio da Silveira

**PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA:
A EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI 13.709/2018 E AS IMPLICAÇÕES À
SOBERANIA271**
*PERSONAL DATA PROTECTION AND INFORMATIONAL SELF-
DETERMINATION: THE EXTRATERRITORIALITY OF LAW NO.
13.709/2018 AND ITS IMPLICATIONS FOR SOVEREIGNTY*

André Pedroso Kasemirski
Clodomiro José Bannwart Júnior
Arthur Lustosa Strozzi

**O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: ENTRE A DEFESA E
INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL293**
*INSTITUTIONALIZATION PROCESS OF THE SUPREME FEDERAL
COURT DURING THE COVID-19 PANDEMIC: BETWEEN
DEFENSE AND INSTITUTIONAL INDEPENDENCE*

David B. Oliveira
Isabelly Cysne Augusto Maia

RESENHAS.....315

**EM DEFESA DO PRECONCEITO: A NECESSIDADE DE TER IDEIAS
PRECONCEBIDAS315**

Lara Caxico Martins Miranda

O FILTRO INVISÍVEL: O QUE A INTERNET ESTÁ ESCONDENDO DE VOCÊ.....318

Ana Lúcia Maso Borba Navolar

EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos aos nossos leitores a terceira edição (v. 19 n. 03) da Revista do Direito Público da UEL. Esta edição traz uma coleção rica de reflexões sobre temas atuais e desafiadores, analisando desde questões tributárias e administrativas até debates sobre direitos humanos e inovações tecnológicas. Como sempre, nossa missão é fomentar a produção acadêmica de qualidade e promover o pensamento crítico, trazendo uma contribuição significativa para o campo do Direito Público.

Nesta edição, destacamos artigos que analisam o impacto das recentes mudanças legislativas e suas implicações para o Estado e para a sociedade. O artigo “Limites das Sanções Tributárias” faz uma análise detalhada sobre as fronteiras do poder punitivo do Fisco, refletindo sobre a relação entre o Direito Tributário e as garantias constitucionais dos contribuintes. O estudo sobre “O Caso Koly-nos-Colgate e a Consolidação do CADE” explora o marco que esse julgamento representa para a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, discutindo suas implicações para a concorrência no Brasil.

Outro destaque é o artigo sobre as “Formas de Prestação do Serviço Público de Saneamento Básico”, que examina as mudanças trazidas pela Lei nº 14.026/2020, refletindo sobre a regulação e a eficiência nos serviços públicos essenciais. Em seguida, o tema dos “Conflitos Fundiários Urbanos” nos propõe uma reflexão sobre a urbanização acelerada e os desafios jurídicos associados à regularização fundiária.

Na interseção entre tecnologia e Direito, o artigo sobre “Tecnologias Vestíveis e Superávit Comportamental” problematiza a imposição de produtividade no ambiente de trabalho através de técnicas invasivas de monitoramento, levantando questões importantes sobre privacidade e liberdade individual. A crescente relevância da energia solar no Brasil também é tema de destaque, com o artigo sobre “Tributação e Benefícios Fiscais da Geração Distribuída de Energia Solar”, que analisa o impacto das políticas fiscais nesse setor crescente e promissor.

Ainda no campo da tributação, encontramos a “Emenda Constitucional n. 87/2015 e o Diferencial de Alíquota do ICMS”, examinando a recente mudança na tributação do comércio eletrônico e seus efeitos sobre a arrecadação estadual e as práticas empresariais. A crítica ao “Neoliberalismo e Teoria do Estado” nos leva a refletir sobre o impacto das políticas econômicas neoliberais na atuação estatal e na própria noção de soberania nacional.

Outros artigos instigantes discutem o papel do Estado na execução de políticas públicas, como em “Executar ou Não Executar?”, e o impacto da “Cultura da Doação e Incentivos Fiscais” nas relações interinstitucionais entre o Brasil e

os Estados Unidos. No campo dos direitos humanos, o desenvolvimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos é tratado no artigo sobre “Acesso à Informação e Direitos Conexos”, um tema de crucial importância para a garantia de direitos fundamentais em uma era digital.

Ainda nessa linha, o “Convênio ICMS 100/97” e as “Reflexões sobre o Modelo Distrital Mistos para o Parlamento Municipal” apresentam discussões sobre a articulação entre federação e os desafios da democracia representativa em nível municipal. E por fim, o artigo sobre “Proteção de Dados Pessoais e Autodeterminação Informativa” traz à tona os novos paradigmas da privacidade e da proteção de dados pessoais, um tema sempre relevante em um contexto digital globalizado.

Um dos artigos de destaque nesta edição trata do “Processo de Institucionalização do Supremo Tribunal Federal Durante a Pandemia de COVID-19”, que oferece uma análise detalhada sobre o papel central da Corte no cenário político e jurídico do Brasil durante a crise sanitária global. O artigo examina a atuação do STF em questões envolvendo competência e a preservação de direitos fundamentais, especialmente no contexto de decisões relacionadas à saúde pública e à garantia do Estado Democrático de Direito em tempos de emergência.

A presente edição também conta com duas resenhas críticas. Uma sobre a obra “Em Defesa do Preconceito”, trazendo uma provocação sobre os limites da liberdade de expressão e a necessidade de confrontar ideias preconcebidas, um tema que se torna ainda mais pertinente na sociedade contemporânea e a outra, “O Filtro Invisível: O que a Internet Está Escondendo de Você”, onde o autor nos alerta sobre os riscos de um espaço virtual cada vez mais fragmentado, nos fazendo refletir para tentar compreender os desafios da era digital e suas implicações para a democracia e a sociedade.

Agradecemos aos autores pela contribuição valiosa e aos leitores por acompanhar nosso trabalho. Estamos certos de que os artigos e as reflexões aqui apresentados continuarão a fomentar o debate e o aprimoramento do Direito Público no Brasil, sempre com um olhar atento às transformações sociais, políticas e tecnológicas que marcam o presente e o futuro do nosso país.

Boa leitura!

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Editor-chefe

Revista do Direito Público

LIMITES DAS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS: ANÁLISE À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

LIMITS OF TAX SANCTIONS: ANALYSIS IN THE LIGHT OF LEGAL CERTAINTY

Victor Pimenta Miranda*

Flávio Couto Bernardes**

*Mestrando e Bacharel em Direito pela PUC Minas. MBA em Gestão Financeira e Controladoria pelo SENAC/MG. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campo. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1842-0601>

**Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da UFMG, da Milton Campos e da PUC Minas. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8180-0218>

RESUMO: A coerência entre as normas e a jurisprudência do sistema demonstra ser a chave para a sustentação do ordenamento jurídico harmônico do Estado Democrático de Direito. O sistema jurídico possui diversas normas que regulam a conduta, a sanção, a organização (competência) ou os procedimentos do ordenamento jurídico. E na concepção positivista de Kelsen, não há norma sem sanção, pois o funcionamento de um sistema normativo harmônico, coeso e sancionador só é factível se houver segurança jurídica e respeito à legalidade imposta. Sem a sanção, a norma se torna vazia e sua observância precariamente opcional. Assim, este trabalho tem como objetivo analisar a importância desse tema com relação às sanções, considerando as repercussões que as decisões judiciais têm proporcionado no cenário judicial brasileiro, mais especificamente na delimitação balizada de um estudo de caso que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal. Dito isso, é válido distinguir que a linha metodológica concebida no plano desta composição segue o sentido jurisprudencial, para, ao final, averiguar se a exposição dialética entre o sistema normativo e o problema da insegurança jurídica são pressupostos coordenados, complementares e irreduzíveis da hermenêutica do magistrado na aplicação da lei.

PALAVRAS-CHAVE: direito; tributário; sanção; segurança jurídica e coerência.

ABSTRACT: The coherence between the norms and the jurisprudence of the system proves to be the key to sustain the harmonious legal system of the Democratic Rule of Law. The legal system has several rules that regulate the conduct, sanction, organization (competence) or procedures of the legal system. And in Kelsen's positivist conception, there is no rule without sanction, because the functioning of a harmonious, cohesive and sanctioning normative system is only feasible if there is legal certainty and respect for the imposed legality. Without the sanction, the rule becomes empty and its compliance precariously optional. Thus, this work aims to analyze the importance of this theme in relation to sanctions, considering the repercussions that judicial decisions have provided in the Brazilian judicial scenario, more specifically in the delimitation of a case study that is on trial in the Supreme Federal Court. That said, it is valid to distinguish that the methodological line conceived at the level of this composition follows the jurisprudential sense, to, in the end, ascertain whether the dialectical exposure between the normative system and the problem of legal insecurity are coordinated, complementary and irreducible assumptions of the hermeneutics of the magistrate in law enforcement.

KEYWORDS: right; tax; sanction; legal security and coherence.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico possui diversas normas que regulam a conduta, a sanção, a organização (competência) ou os procedimentos do ordenamento jurídico. Neste sentido, podem ser encontradas regras de prevenção, punição ou reparação que tratam sobre (i) o que as pessoas podem, devem ou não fazer, (ii) quais punições estão previstas, (iii) quem possui poder ou competência para alterar a legislação tributária e (iv) quais as formas de implementar todas essas regras de modo coerente e harmônico. Todos os tipos de punições se inserem no que se pode chamar de Direito Tributário Sancionador e caracterizam a seara jurídica por detalhar as possíveis sanções tributárias no ordenamento.

Sob essa perspectiva pretende-se, então, analisar os parâmetros para a aplicação das sanções no Direito Tributário no paradigma da segurança jurídica, pois a ausência de sua sistematização legislativa adequada a respeito dessa gradação sancionatória vem acarretando inúmeras discussões no cotidiano do sistema tributário.

Ultrapassando as discussões axiológicas e as diversas nuances práticas que tais elementos implicam, o foco desse estudo se insere na ótica da teoria geral do direito, considerando o viés hermenêutico e seus reflexos na aplicação da segurança jurídica, diante do exame de um caso concreto, com relação às sanções tributárias derivadas do descumprimento das obrigações acessórias.

Ato contínuo, apesar de existir um sistema de normas bem organizado sobre o modo de utilização da coerção para aplicar as sanções via execução forçada do Direito pelo Estado, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma abordagem uniforme e sistematizada sobre a dosimetria da pena em matéria tributária. A disciplina dos ilícitos tributários está, por vezes, localizada nas entrelinhas do comando legal, ou seja, marcada pelo modo como o juiz interpreta a norma disposta no sistema.

O positivismo kelseniano serve, nesse sentido, como marco teórico do presente estudo para demonstrar assertivamente o que dispõe e o que se deve esperar de uma norma. Quando ocorre a quebra da coerência entre o texto normativo e sua aplicação pelo operador do Direito, surge a instabilidade no sistema exatamente pela ruptura de sua espinha dorsal: a segurança jurídica.

Assim, este trabalho tem como objetivo analisar a importância desse tema com relação às sanções, considerando as repercussões que as decisões judiciais têm proporcionado no cenário judicial brasileiro, mais especificamente na delimitação balizada de um estudo de caso que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal – STF, mas ainda não transitado em julgado (processo concluso com o ministro relator).

Dito isso, é válido distinguir que a linha metodológica concebida no plano desta composição segue o sentido jurisprudencial, por se configurar na exposição dialética entre o sistema normativo e o problema da insegurança jurídica, ambos pressupostos coordenados, complementares e irreduzíveis da hermenêutica do magistrado na aplicação da lei.

Seguindo esse formato, a técnica de abordagem utilizada para esta pesquisa social aplicada será a vertente jurídico-dogmática, com base no raciocínio dedutivo e no fundamento lógico das normas no próprio sistema jurídico. Ademais, a metodologia a ser utilizada consistirá na realização de pesquisa na doutrina e legislação nacional, analisando o sistema jurídico (constitucional e processual) pátrio, notadamente com relação à investigação, interpretação e avaliação das leituras bibliográficas e jurisprudenciais selecionadas.

No que se refere ao problema acima delineado, seria interessante explorar se as sanções tributárias na maneira como aplicadas pelos magistrados seguem, então, limites constitucionais normatizados ou se utilizam fundamentos exteriores ao ordenamento jurídico, evidenciando a base hermenêutica utilizada pelo aplicador.

Dessa forma, à luz do marco teórico kelseniano no tocante ao modal deôntico e a moldura normativa, serão analisados os aspectos hermenêuticos e metodológicos de abordagem do tema. Considerando as repercussões geradas para o sujeito passivo em função das aplicações punitivas pelo Poder Público, a reflexão deste estudo pretende averiguar a consistência hermenêutica adotada na decisão judicial proferida no caso concreto ora descrito com relação à dosimetria da sanção tributária na ótica do denominado princípio da segurança jurídica.

1 PARADIGMA NORMATIVISTA

Segundo Hans Kelsen (1998, p. 387), o sistema jurídico deve funcionar como fator de estabilidade que rege as regras da sociedade e confere segurança aos cidadãos, cuja construção ocorre justamente na coerência e estabilidade do próprio sistema, como defendia. Ao longo de sua vida como investigador do Direito, o autor buscou fundamentar a sua teoria na reflexão estritamente científica. Quando há introdução de elementos estranhos ao Direito, o sistema perde sua harmonia e quebra sua coerência normativa.

Vale a pena destacar que a teoria kelseniana configura-se como relevante contribuição para o estudo da ciência do direito e sua compreensão, porque discorre sobre um dos grandes problemas jurídicos da sociedade contemporânea: a interpretação normativa como elemento progenitor da insegurança dos cidadãos¹. A segurança jurídica teve grande relevância para Kelsen quanto à criação de uma ciência jurídica livre de influências externas ao próprio meio jurídico².

1 Refere-se, de início, à obra do professor Hans Kelsen por ser adotada como o marco teórico do estudo da estrutura da norma jurídica tributária (normas de conduta e sancionantes), na sua concepção hipotética. Ressalva-se, contudo, que não há a adesão absoluta aos posicionamentos explicitados na obra Teoria Pura do Direito, mas apenas e tão-somente ao que se refere à estrutura normativa.

2 Não há ordenamento jurídico sustentável, harmônico, seguro e estável se não existir coerência entre suas normas e decisões judiciais. “A preocupação – e a crença – de que a *formação e informações* do intérprete, como um ser único e individual, não contribuíssem para a interpretação jurídica, e a conseqüente e lancinante obsessão por combater as lacunas e antinomias como inimigas fatais do direito – enquanto concebido (o direito) como um sistema hermético” (Pires, 2013, p. 27).

Essa “pureza” pode ser entendida como a eliminação de toda a ideologia política e os elementos de ciência natural da teoria do Direito. O objetivo da Teoria Pura do Direito é limitar-se à descrição do seu objeto (Direito Positivo) – as normas devem encontrar seus fundamentos dentro do próprio ordenamento jurídico³. O problema da insegurança jurídica é pressuposto inseparável da reflexão hermenêutica sobre a aplicação da lei pelo magistrado (Gustin, 2002, p. 23).

Nesse contexto, o paradigma normativista estabelece o princípio metodológico fundamental no qual o Direito é entendido como sistema normativo que utiliza um único método jurídico. Se o sistema buscar se fundamentar com elementos fora do próprio sistema, a lógica normativa não será congruente e se tornará insustentável, pois permitirá margem interpretativa da Lei Maior sob a ótica econômica, política, pragmática, teleológica, gramatical, histórica ou social⁴.

Por um lado, os defensores da interpretação subjetiva sustentam que o direito deve se adaptar à realidade que o circunscreve⁵. “No contexto positivista, a técnica produz a crença na segurança no Direito a partir de tipos fechados e conceitos determinados” (Cruz, 2012, p. 22).

Nesta lógica, os críticos ao positivismo e ao sistema jurídico “fechado”⁶ defendem que existem conceitos jurídicos indeterminados que somente podem ser realmente concretizados com o protagonismo da jurisprudência e as sucessivas aplicações das decisões judiciais.

Desse modo, os críticos ao positivismo kelseniano sustentam que o objetivo final não é somente dar mais liberdade para os magistrados, mas possibilitar ao Poder Judiciário uma abertura mais ampla de atuação, sem aqui adentrar se poderiam ser consideradas ativistas ou não. Do contrário, estar-se-ia, sob esse ponto de vista, condenando o sistema jurídico ao gesso fixo e inflexível que as normas criam.

De fato, não se pode pender para o exagero de nenhum dos lados. Porém, o problema surge justamente quando isto não ocorre e o juiz produz deliberações lastreadas em sua opinião própria, com fundamentos insatisfatórios, interesses diversos (estranhos ao sistema jurídico) e pontos contraditórios, sem o devido e claro lastro no sistema normativo.

3 “Quando a si própria designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (Kelsen, 1998, p. 1).

4 “Sob o ponto de vista da Teoria Geral do Direito, que difere do ponto de vista histórico, sociológico, político e filosófico, o conhecimento distingue: i) o fato tipificado na hipótese e o fato tipificado na consequência; ii) a norma que institui a relação jurídica da causalidade; iii) o sistema dentro do qual a norma vale, em relação-de-pertinência (por ser gerada segundo as normas geratrizes de normas). A relação normativa de causalidade faz-se ou desfaz-se de modo intra-sistêmico” (Vilanova, 2000, p. 8).

5 Como afirma Hermes Marcelo Huck, há um perigo subjacente dos agentes defensores do positivismo de “incorrerem num formalismo jurídico desmedido fundado num exacerbado conceito de certeza do direito, no discutível postulado da intangibilidade dos esquemas formais e na indefectível superposição de tais sistemas à realidade econômica subjacente” (Huck, 1997, p. 243).

6 “Codificar a sanção da fraude à lei ou incluí-la num dispositivo legal expresso não é, portanto, necessário para combater as fraudes, como demonstra a jurisprudência brasileira. [...] o protagonismo continuará sendo da jurisprudência, pois a fraude à lei, como o abuso do direito e a boa-fé, é um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula geral que somente vai se cristalizando com sucessivas aplicações jurisprudenciais” (Godói, 2007).

Como considerou Jair Gonçalves (2001, p. 45-46), a Teoria Pura do Direito de Kelsen não é uma teoria pertencente a um Direito positivo e ultrapassado, mas pretende sim descrever o fenômeno jurídico mediante uma série de conceitos formais presentes em qualquer época ou lugar em que forem aplicados.

Kelsen não negou a existência de uma certa relação entre as disciplinas afins à ciência jurídica (sociologia, política, economia, etc.), mas segregar esses elementos das normas do próprio sistema é uma exigência da pureza metodológica que deve vigorar para a formação da jurisprudência jurídica bem estruturada. Com base no pensamento normativista (Kelsen, 1998, p. 176), a consideração apresentada “traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica”⁷.

Do contrário, poderão ocorrer decisões judiciais, por exemplo, que se motivarão não apenas pelas normas, mas por fundamentos econômicos ou políticos a favor ou contra determinado cidadão. Nesse caso, como será utilizado no desenvolvimento deste trabalho, a moldura normativa se caracteriza como elemento delimitador essencial da segurança jurídica.

Na moldura kelseniana, o raciocínio interpretativo para aplicar corretamente uma norma deve encontrar respaldo no próprio ordenamento em que está inserido. Não há necessidade de sair do âmbito do direito para que se permita solucionar determinada nova situação social. Uma decisão judicial deficiente pode criar espaço para que a própria dogmática jurídica seja questionada, fazendo surgir, nessa situação, cidadãos desconfiados e universos jurídicos sem limites para as interpretações dos magistrados na jurisprudência pátria.

Como será analisado com maior acuidade nos tópicos seguintes, o direito existe para ser aplicado; antes, porém, é preciso interpretá-lo; e só aplica bem o direito quem o interpreta adequadamente para que haja uma resposta jurídica coerente e satisfatória até para as situações mais complexas que ainda se encontram em desamparo de lei expressa.

Destaca-se, portanto, que a interpretação para o positivismo kelseniano deve estar delimitada na moldura normativa⁸. Esse é precisamente o conceito segurança jurídica defendido e referenciado no presente trabalho.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, é importante destacar que o Estado Democrático de Direito foi concebido na evolução do constitucionalismo através da dinâmica dos Direitos Humanos e de seus princípios

7 “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e lhe dá sentido harmônico” (Mello, 2015, p. 54).

8 A extensão dessa moldura normativa não abrange elementos externos/estranhos ao ordenamento jurídico, tendo em vista, por exemplo, que os argumentos financeiros/políticos ou até mesmo os preceitos implícitos, subjetivos ou discricionários (formados a partir do âmbito subjetivo da autoridade pública) não a integram.

norteadores. O Poder Judiciário, como instituição essencial desse modelo, deve se atentar para a pacificação dos conflitos, mediante a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, a busca pelo aperfeiçoamento de uma sociedade democrática e por um governo regido pelos ideais republicanos, cumpridor de seus deveres e defensor da estrita legalidade⁹, incrementam a diversidade dos atos normativos e, sobretudo, administrativos¹⁰.

Um dos ramos jurídicos que mais diretamente repercute essa interferência é o Direito Tributário, em virtude da formação da relação jurídica direta entre Estado e administrado, que tem por objeto o cumprimento de prestação pecuniária consistente na subtração de parcela do patrimônio dos mesmos, tornando-se a principal forma de custeio do Estado Moderno, devidamente consentido pelo cidadão quando se está no regime democrático.

Com certeza, esta é uma das searas mais delicadas no relacionamento entre os entes federados e os particulares, pois a necessidade da obtenção de recursos financeiros é inerente à sobrevivência de ambas as partes contidas nessa correlação¹¹. A arrecadação é o cerne da sustentabilidade do Estado, e isto só é assegurado graças ao poder coercitivo atribuído ao Poder Público, que efetiva os recolhimentos tributários devidos e proporciona, portanto, segurança para o Fisco e para o cidadão contribuinte, respectivamente.

O exercício da função fiscalizadora, ao averiguar o cumprimento das normas vigentes, é dever precípua do Poder Público, assim como o recolhimento do crédito tributário, nos dizeres do José Casalta Nabais (1998, p. 64), está entre os “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”.

Diante da necessidade de que cada pessoa contribua com uma parte (função de custeio) para que a sociedade se sustente e viabilize a implementação dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito servem de baliza para a normatização do Poder Judiciário em seu aspecto tributário¹².

No entanto, conciliar o constante conflito entre a necessidade de arrecadação com a capacidade contributiva tem sido um dos maiores obstáculos da sociedade. Em situação de emergência

9 Como aponta Alberto Xavier, o princípio da legalidade visa “proteger a esfera de direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do juiz” (Xavier, 1978, p. 37).

10 “O princípio da legalidade desempenha o papel de estabelecer a zona de ação do Administrador, sedimentar os princípios jurídicos constitucionais de limitação ao poder de tributar e, em maior grau, garantir a efetividade da proteção da confiança e da segurança jurídica” (Bernardes; Costa Gontijo, 2018, p. 762-763). Pois bem, como ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “o juiz não cria (ou inventa) direito algum no processo que possa ser considerado democrático” (Brêtas, 2012, p. 92).

11 “A finalidade de economizar tributos pode ser atingida tanto por atos legítimos como por atitudes ilícitas (evasão ou elusão) do contribuinte. Por esse motivo, somente quando constituídos os atos jurídicos pretendidos pelo sujeito [...] De nenhum ilícito se pode cogitar antes que se ponha em prática os atos planejados” (Tôrres, 2001, p. 37).

12 “Segundo Kelsen, o exame da base filosófica da democracia não deve objetivar constituir-se em uma justificação absoluta da democracia. [...] A democracia encontra seu fundamento, funcional, apenas na hipótese de os indivíduos atuantes na realidade política entenderem serem a liberdade e a igualdade os valores que devem ser postos em prática” (Oliveira, 2005).

ou adversa, o brasileiro sempre teve uma notoriedade e habilidade ímpar em desvendar situações complexas (até mesmo na legislação) para encontrar respostas imprevisíveis (Faria, 2014, p. 352).

O cidadão deveria cumprir com todas as suas obrigações e possuir, em contrapartida, segurança na construção de suas relações sociais. As decisões judiciais deveriam ser coerentes com o ordenamento jurídico para possibilitar a devida segurança jurídica à população¹³.

Esse princípio é construído pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito e pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais (Ávila, 2012, p. 295). Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção das expectativas legitimamente constituídas¹⁴.

Ocorre que “a legislação vem se aprimorando na busca de coerção capaz de inibi-los [os infratores da lei] das nefastas condutas ilícitas e criminosas” (Faria, 2014, p. 353). No limite entre lícito e ilícito há uma tênue e invisível margem que dificulta a clara definição de atuação da autoridade legal judiciária.

Desta maneira, evidencia-se a relevância do sistema tributário no contexto do Estado Democrático de Direito e a necessidade de sua efetividade através da sanção, sempre balizado na segurança jurídica, considerando o referencial teórico adotado.

3 SISTEMA NORMATIVO HARMÔNICO, COESO E SANCIONADOR

A relação jurídica normativa de origem obrigacional pressupõe a existência de pelo menos duas pessoas, numa estrutura de direito-dever, onde uma se apresenta como a titular do direito e a outra com a obrigação de cumprir a prestação positiva ou negativa (dever jurídico). E tratando-se de ordem coativa, o poder jurídico conferido a uma das partes (poder de exigência do “dever”) deverá estar amparado numa norma sancionante.

O desrespeito às obrigações de ordem tributária ocasiona diversos impactos para as pessoas (físicas e jurídicas), “como aplicação de multas, a proibição de contratar com a Administração Pública e até a fixação de penas restritivas de liberdade, que retiram o faltoso do convívio social” (Becho, 2014, p. 103).

No estudo da teoria geral resta claro que a relação jurídica se caracteriza por seu aspecto formal e não por seu conteúdo. Uma relação somente pode ser considerada “jurídica” por ser regulada por uma norma (Bobbio, 2005, p. 43). A relação jurídica não existe em função de seu teor,

13 Segurança jurídica “consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais” (Kelsen, 1998, p. 175).

14 “A segurança jurídica postula efetividade. Não é um princípio vago. É denso em valores, e seus fundamentos não se podem reduzir ou anular. Por isso, outro aspecto de fundamental relevância a se antecipar é que o princípio de segurança jurídica não está sujeito a ponderações, dado o seu caráter de ‘garantia’ constitucional de proteção do ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito” (Tôrres, 2012, p. 197).

mas se aplica em razão de sua origem: a norma jurídica. Vislumbra-se, então, que a relação jurídica somente pode ser instituída através da norma jurídica, sua fonte única de criação¹⁵.

Especificamente no que se refere ao Direito Tributário, o tributo, visto como norma de conduta estabelecida mediante uma regra matriz de incidência, compreende diversos elementos necessários para sua configuração. Se, por um lado, a discussão da estrutura normativa envolve uma visão estática da norma (em sua concepção abstrata), a análise da situação jurídica decorrente da incidência normativa pressupõe, por sua vez, o estudo de sua visão dinâmica (na sua aplicação).

A análise da relação jurídica pressupõe sua integração na norma jurídica numa concepção dinâmica ou estática, que é a síntese da estrutura dessa conexão desde sua prescrição normativa até a individualização do conseqüente normativo (Mello, 2000, p. 11). O fenômeno jurídico, em toda a sua complexidade, envolve diversos momentos interdependentes, desde a definição da norma até a sua aplicação eficaz e específica em cada fato jurídico.

Assim como pressupõe a visão estática da norma, a visão dinâmica necessita de coerência entre o ato praticado e a consequência jurídica advinda dessa conduta. Se o indivíduo cumprir com a norma imposta, ele deve saber os direitos e deveres decorrentes da conduta lícita. Da mesma maneira, se a conduta for ilícita, o cidadão deve ter clareza e segurança de qual sanção (em seus aspectos qualitativo e quantitativo) irá de fato incidir num eventual descumprimento normativo.

O conceito de sanção traz, em seu bojo, “todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra” (Reale, 1986, p. 72)¹⁶. No que se refere a esse ponto, o artigo 113 do Código Tributário Nacional classifica a obrigação tributária (norma) em principal e acessória¹⁷. A primeira tem por objeto o cumprimento de prestação de natureza pecuniária, em virtude de relação jurídica instaurada entre o sujeito ativo (fisco) e o sujeito passivo. A acessória, por sua vez, caracteriza-se por ter como objeto uma conduta consistente em fazer ou não fazer, em prestações positivas ou negativas por parte do sujeito passivo¹⁸.

Interessa saber que parte do objeto da obrigação acessória consiste na escrituração fiscal, aqui entendida como o gênero que engloba todos os deveres (de fazer ou não fazer) previstos nas

15 Convém registrar que não se pretende neste estudo realizar uma abordagem detalhada das diversas teorias, tendo delimitado seu referencial teórico apenas e tão somente no pensamento Kelseniano na estruturação da segurança jurídica. Logo, não abordará o tema na linha desenvolvida na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann; contudo, é interessante observar que Luhmann (1997, p. 40) designa *autopoiesis* como o mecanismo reflexivo do sistema que lhe permite alterações com ajuda dos seus próprios elementos.

16 De igual modo, Noberto Bobbio (2005, p. 152-153) afirma que “a sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, ao invés dos fatos os princípios”.

17 “A sistematização até aqui empreendida, a partir da teorização da norma jurídica até a individualização da norma jurídica tributária, destacando-se cada um de seus aspectos, segundo os marcos teóricos já citados, é essencial na conclusão de que o aspecto procedimental é imprescindível no conceito de norma jurídica tributária” (Bernardes, 2006, p. 153).

18 Para além dessa discussão, importante é a percepção de que, no referente à obrigação tributária acessória, não se trata apenas de um dever imposto pela lei, mas de um “dever instrumental, que nenhuma finalidade pode ter, além daquela de viabilizar o controle do adimplemento da obrigação principal” (Sampaio Júnior, 2005, p. 65-267).

diversas regras jurídicas integrantes do ordenamento tributário (como as declarações prestadas por meios eletrônicos ou manuais, a emissão de notas fiscais e a apresentação de informações ao órgão fiscalizador). Dessa forma, a omissão no cumprimento desta prestação acarreta a prática do ilícito.

A não observância da norma jurídica tributária principal e da norma tributária acessória caracteriza a prática de ilícito, que será considerado, por conseguinte, como suporte fático da norma de sanção, denominado de delito. Cada norma de conduta descumprida implicará a concretização do fato jurídico presente na hipótese da norma sancionante, acarretando sanção específica prevista no direito positivo.

Sem a sanção, a norma se torna vazia e sua observância precariamente opcional, eis que passa a não haver força mandamental (comando imperativo) que garanta o cumprimento da ação ordenada. Da mesma maneira, Herbert Lionel Hart (1986, p. 59)¹⁹, Paulo de Barros Carvalho (2005)²⁰, e Sacha Calmon Coelho (2003)²¹ ratificam o entendimento de que o traço característico do direito é a coatividade. A unidade da ciência jurídica somente ocorre pela integração de suas normas, pois “as normas de conduta vinculam-se às normas sancionantes para garantir a eficácia do ordenamento” (Bernardes, 2006, p. 161-162).

Usualmente, neste ramo do direito há previsão de que as penalidades tenham cunho pecuniário. A sanção derivada do descumprimento da relação jurídica tributária acessória é penalidade de natureza pecuniária, já que não se concebe mais o arbítrio da força na execução das obrigações de fazer ou não fazer, típicas das sociedades primitivas. Inerentes ao direito moderno, não se exige a observância do ordenamento jurídico pela força física. Se o sujeito passivo não pagar o crédito tributário no vencimento ou deixar de emitir a Nota Fiscal, ocorrerá um delito e incidirá a regra matriz sancionatória.

Nesta perspectiva, a densidade semântica referenciada como objeto deste trabalho manifesta-se através do descumprimento das obrigações acessórias, que possuem papel fundamental para a arrecadação e fiscalização das obrigações principais. E para se chegar à norma de sanção, é fundamental reconhecer a importância da definição da sua moldura normativa para que se possa estabelecer a efetividade da segurança jurídica na análise do ordenamento.

O inadimplemento das obrigações acessórias é uma hipótese de norma sancionante submetida, assim, à aplicação de uma pena. Na concepção positivista de Kelsen, se inexistisse previsão de penalidade àqueles que não obedecessem à conduta determinada pela norma jurídica, certamente

19 “A desobediência será provavelmente seguida pela execução da ameaça, não só no momento primeiro da promulgação da ordem, mas continuamente, até que a ordem seja retirada ou revogada” (Hart, 1986, p. 59).

20 “O ordenamento jurídico, como forma de tornar possível a coexistência dos homens em comunidade, garante, efetivamente, o cumprimento de seus mandamentos, ainda que, para tanto, seja necessária a adoção de medidas punitivas que afetem a propriedade ou a própria liberdade das pessoas. Daí por que, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente o legislador determina providência sancionatória ao não-cumprimento do referido dever” (Carvalho, 2005, p. 342).

21 “Para que seja tido como fato jurídico tributário, a ocorrência da vida real tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese. Se a norma jurídica é o objeto do conhecimento jurídico na gnosiologia kelseniana o ‘juízo hipotético’ que o cientista do Direito constrói ao descrevê-la só pode ser uma “proposição” a respeito da norma, nunca a ‘norma-em-si’” (Coelho, 2003, p. 45).

ela se tornaria ineficaz (Kelsen, 1986). E nesse mesmo caminho, Norberto Bobbio (2005) afirma que a sanção institucionalizada garante, invariavelmente, maior segurança ao ordenamento jurídico²².

A célebre diagramação kelseniana “Se A deve ser B” diverge da expressão “Se A é B” porque contempla a liberdade do indivíduo poder descumprir o comando legal²³. E a não observância das normas implica a necessidade estatal de atuação imediata da coerção para assegurar a efetividade das regras impostas.

Em suma, o funcionamento de um sistema normativo harmônico, coeso e sancionador só é factível se houver segurança jurídica e respeito à legalidade imposta. A teoria e a prática devem ser harmônicas (coerentes; possuir uma relação lógica) para que o ordenamento jurídico faça sentido e tenha respeito às próprias normas ali prescritas.

A sanção, tão necessária para a garantia da segurança jurídica e a organização do ordenamento jurídico, deve possuir limites transparentes, objetivos e bem determinados para sua aplicação. Não há como discorrer sobre restrições à imposição de penalidades se não existir um arcabouço legislativo que preveja objetivamente tais limitações²⁴. A sanção é necessária à norma; mas não há norma coerente com o ordenamento jurídico se não existir uma moldura normativa que lastreie a segurança no sistema ao delimitar a interpretação e aplicação das regras estabelecidas.

A experiência normativa e sua relação com a hermenêutica jurídica demonstra ser tão importante para a sociedade contemporânea que muitos autores já se debruçaram sobre este assunto em diversas obras literárias para tentar melhor esmiuçá-lo²⁵. No direito, uma simples alteração interpretativa pode mudar todo o resultado da aplicação de determinada legislação. Uma nova forma de interpretar pode ocasionar a completa modificação da consequência jurídica no sistema (mesmo que não haja modificação da norma).

Logo, por mais que determinadas regras sejam benéficas ou severas, elas devem conduzir a um raciocínio lógico fundamentado em argumentos e premissas pertencentes ao próprio âmbito jurídico. Essas premissas a que se pretende analisar neste estudo poderão ser observadas concretamente a partir da perspectiva crítica de uma decisão judicial que impõe sanções para o descumprimento de obrigações tributárias acessórias.

22 “A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, ao invés do fato os princípios” (Bobbio, 2005, p. 152-153).

23 “O raciocínio jurídico por meio da relação lógica entre preceitos e sua incidência sobre um dado fático tem como base a lógica evidenciada na seguinte equação, quando se analisa a característica sancionadora do sistema ‘Se A, deve ser B. Se não B, deve ser C’” (Bernardes; Miranda, 2018b, p. 127).

24 “Ao fim e ao cabo, se não for possível controlar a discricionariedade administrativa, não se poderá controlar a atividade estatal, fazendo com que todas as mudanças previstas em nossa Constituição acabem por verdadeiramente perder normatividade” (Madalena, 2016, p. 47).

25 “O principal efeito da desorganização nessa seara é o aumento de dúvidas e das discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em prejuízo de toda a sociedade. As almejadas segurança jurídica e certeza do direito, de destacada importância no contexto punitivo, tornaram-se ideal distante em matéria tributária” (Becho, 2014, p. 108).

4 SANÇÃO JURÍDICA NO CASO ELETRONORTE: A RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como se percebe, a função constitucional da jurisprudência é harmonizar e uniformizar as decisões judiciais de modo a conferir coerência e estabilidade ao sistema. Nesse aspecto, a força normativa desagua para a garantia da segurança jurídica, circunscrevendo o âmbito de interpretação normativa dos aplicadores e, ao mesmo tempo, evitando a produção de decisões teratológicas. O enquadramento legal evita a dissonância semântica da aplicação e, para além disso, a utilização do poder jurisdicional para enviesamentos morais e ideológicos.

Surge, dessa maneira, a necessidade de se lembrar que no regime do sistema *civil law* adotado no direito brasileiro, a jurisprudência possui o papel de uniformização da inteligência dos enunciados das decisões que delimitam a aplicação normativa no ordenamento jurídico. Essa função jurisprudencial é, aliás, uma das formas do direito processual a prestigiar, acima de tudo, a segurança jurídica.

O novo Código de Processo Civil (Brasil, 2015) procurou, com isso, garantir coerência nas decisões jurídicas e efetividade aos princípios constitucionais, como o da segurança jurídica. Em seu artigo 927, parágrafo 4º, o novo CPC reproduziu expressamente este entendimento ao ressaltar que a modificação de jurisprudência consolidada observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.²⁶

Todavia, de nada adianta o CPC ter dedicado tratamento especial à jurisprudência se não houver uniformidade e coerência entre elas. Via de regra, as decisões jurídicas deveriam procurar a *ratio decidendi* sobre a qual outros julgados se basearam para realizar uma interpretação adequada e garantir a coerência (e confiança) nas decisões.

Sem previsibilidade não há coerência; e sem coerência não há segurança jurídica. A unidade da ciência jurídica e a eficácia do ordenamento somente ocorrem pela integração e coordenação de suas normas (Bernardes, 2006, p. 161-162).

Caso essa jurisprudência esteja embasada em argumentos sociais, políticos ou econômicos da época em que foi formada, ela se tornará viciada e eivada de elementos estranhos ao sistema normativo, contaminando todos os outros casos judiciais que estiverem legalmente obrigados a seguirem a mesma decisão tomada. Seria o mesmo que contradizer o parágrafo 4º do artigo 927 do CPC e propagar a insegurança no sistema jurídico²⁷.

Esse espectro de identidade entre a teoria normativa e a teoria da interpretação comprometida com a natureza deontológica, diretiva do Direito, é importante fator para se avaliar criticamente

26 “Art. 927. [...] “§4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da *segurança jurídica*, da proteção da confiança e da isonomia” (Brasil, 2015).

27 “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer” (Kelsen, 1998, p. 246).

o cenário jurisprudencial brasileiro no âmbito do marco teórico utilizado. A base até aqui adotada como referencial teórico sintetiza-se exatamente na aplicação hermenêutica no sistema normativo, pautada na premissa da segurança jurídica, que acarreta justamente no entendimento da função jurisprudencial ora mencionado.

As normas jurídicas são criadas visando a produção de determinados efeitos e não podem, via de regra, constituir um fim em si próprias. O jurista, diante da realidade fática, não deve julgar as normas do ordenamento sem compreender o caráter semântico dele. Nesse âmbito, os fatos jurídicos apresentam-se como fenômenos de causa e efeito, cuja fórmula relacional necessita de sentido e coerência. As premissas já abordadas no presente trabalho, aliadas à visão da função da jurisprudência no sistema jurídico, constituirão o norte do exame do caso concreto a seguir descrito, que se encontra em julgamento já iniciado no STF.

5 CASO ELETRONORTE – HISTÓRICO ANALÍTICO

A título exemplificativo, pode-se utilizar o caso emblemático da Eletronorte (Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A) para demonstrar a importância da discussão da segurança jurídica na jurisprudência brasileira. Nesse RE n. 640.452, o STF está analisando a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que manteve a sanção, usualmente denominada de “multa isolada”, por descumprimento de obrigação tributária acessória, reduzindo o percentual de sua aplicação do patamar de 40% (quarenta por cento) para 5% (cinco por cento) sobre o valor total da operação de compra de diesel para geração de energia elétrica.

Neste episódio, o Governo Estadual de Rondônia lavrou uma autuação com imposição de multa em desfavor da Eletronorte devido ao suposto descumprimento de uma obrigação acessória (emissão de Nota Fiscal). No caso, a empresa comprou óleo diesel e o entregou diretamente em local diverso do seu estabelecimento (sem emitir Nota Fiscal para esse transporte) para que fosse possível a produção (ou industrialização) de outro produto (energia elétrica).

Para o Estado de Rondônia, o fornecimento do óleo caracterizou uma “venda à ordem ou para entrega futura”, de forma que a Nota Fiscal (NF) deveria ter sido emitida pelo adquirente originário do óleo diesel (Eletronorte), consoante o art. 577, §3º do RICMS/RO.²⁸ Assim, embora não tenha ocorrido nenhum crédito tributário relativo ao ICMS para os cofres públicos, o não-cumprimento da obrigação acessória acarretou a imposição originária de multa isolada no valor de R\$164.822.352,36, equivalente a 40% do valor da operação.

Todavia, conforme alegou a Eletronorte, a tipificação normativa adotada pelo Fisco estava incorreta, tendo em vista que a interpretação correta da legislação tipificou o caso como “industria-

28 “Art. 577 [...] § 3º No caso de venda à ordem, por ocasião da entrega global ou parcial das mercadorias a terceiros, deverá ser emitida Nota Fiscal: 1 – pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos requisitos exigidos, nome do titular, endereço e número de inscrição estadual e no CGC (MF) do estabelecimento que irá promover a remessa das mercadorias” (Rondônia, 1998).

lização por encomenda” e impôs a obrigatoriedade da emissão da Nota Fiscal pelo estabelecimento fornecedor do óleo diesel (obrigação acessória nos termos do art. 579, §2º do RICMS/RO ²⁹, e não o art. 577 desse regulamento).

A Eletronorte impetrou Mandado de Segurança questionando a penalidade aplicada e obteve, em primeira instância, sentença que reduziu o montante sancionatório de 40% (quarenta por cento) para 10% (dez por cento) em razão do descumprimento de obrigação acessória, ou seja, considerou necessária a emissão da Nota Fiscal, mas abusivo a monta do crédito tributário derivado da penalidade pecuniária em tela.

No recurso interposto pela empresa perante o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, foi obtida nova mitigação da penalidade com a respectiva redução do percentual para 5% (cinco por cento) do valor total da operação (aproximadamente R\$22,2 milhões de reais).

Ainda discordando do patamar da sanção pecuniária estabelecida pelo descumprimento da obrigação acessória, especialmente por não ter acarretado qualquer prejuízo aos cofres públicos pelo recolhimento do imposto incidente, a referida empresa apresentou Recurso Extraordinário, em trâmite perante o STF sob o número 640.452/RO (recebido com efeito de repercussão geral a ainda em julgamento)³⁰, em que se pretende o afastamento da sanção ou a redução da aludida penalidade.

É importante pontuar que nenhum dispositivo da legislação do RICMS/RO prevê a redução da multa de 40% inicialmente estabelecida, demonstrando, com isso, clara arbitrariedade dos tribunais ao determinar reduções sancionatórias que não possuem nenhuma previsão legal no Regulamento de ICMS do Estado de Rondônia (norma competente para regular a tributação de ICMS onde ocorreu a operação sob análise).

Por fim, vale ressaltar que a Procuradoria Geral da República (PGR) emitiu parecer favorável à Eletronorte, alegando que ela não estava obrigada a emitir Nota Fiscal e não gerou qualquer prejuízo aos cofres públicos, estando a operação, portanto, regular perante a legislação.

6 SEGURANÇA JURÍDICA E SANÇÃO TRIBUTÁRIA: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO ELETRONORTE

As multas punitivas intituladas “isoladas” são aplicáveis diretamente pelo Fisco em face do descumprimento de obrigações acessórias pelo sujeito passivo. A entidade fiscalizadora autua, de ofício, pela não observância de seus deveres tributários, como ocorreu no presente caso.

29 “Art. 579 [...] § 1º O estabelecimento fornecedor deverá: 1 – emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento adquirente, na qual constarão, além das exigências previstas no artigo 189, o nome, endereço e números de inscrição estadual e no CGC (MF) do estabelecimento em que os produtos serão entregues, bem como a circunstância de que se destinam a industrialização” (Rondônia, 1998).

30 “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PUNIÇÃO APLICADA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. [...] Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da discussão sobre o caráter confiscatório, desproporcional e irracional de multa em valor variável entre 40% e 05%, aplicada à operação que não gerou débito tributário” (Brasil, 2011).

Não obstante a substancial redução da multa de aproximadamente 165 milhões para cerca de 22 milhões de reais, é essencial considerar que o imposto exigível na operação foi integralmente pago, ou seja, a questão restringe-se apenas sobre o entendimento correto do modelo de entrada da Nota Fiscal (obrigação acessória)³¹.

Limitando o escopo especialmente à questão da operação tributária configurada no presente caso, é importante lembrar que a Eletronorte poderia ter comprado o óleo diesel, realizado o recolhimento tributário devido e recebido o produto em seu estabelecimento normalmente. Em seguida, para que desse prosseguimento ao uso do óleo diesel comprado, poderia ter enviado o produto para outra empresa (industrializadora) para que enfim obtivesse o produto final desejado com toda essa operação: energia elétrica.

Ora, essa hipótese supracitada ocorreria se a Eletronorte não tivesse se planejado antecipadamente para que pudesse otimizar a logística dessa operação. Após se debruçar sobre a legislação e esta situação que estava por acontecer, a diretoria da companhia depreendeu que poderia realizar planejamento tributário e efetuar uma operação triangular diferente entre as empresas.

Analisando o RICMS/RO, a Eletronorte entendeu que o artigo 579, § 2º, desse regulamento, deveria ser aplicado sobre o caso para que o óleo diesel fosse entregue diretamente à industrializadora sem que tal operação fosse considerada evasão fiscal (simulação para reduzir o ônus tributário que a legislação caracteriza como ilícito), especialmente por não acarretar a redução ou supressão do imposto na operação.

Considerando esse novo cenário do planejamento de industrialização por encomenda, o óleo diesel comprado foi entregue diretamente à empresa industrializadora e a tributação foi recolhida sem qualquer alteração da hipótese anterior. Esse planejamento tributário alterou, assim, apenas o resultado logístico, reduzindo o deslocamento desnecessário de seu produto recém comprado (sem modificação nos valores devidos ao Fisco).

Com efeito, nota-se que o entendimento fiscal do enquadramento normativo do caso proporcionou o recebimento de uma autuação fiscal pela companhia de grande montante. Em que pese a análise e o planejamento previamente realizado pela empresa, nenhum entendimento anterior previu que poderia ocorrer contradição do judiciário quanto ao limite de aplicação da sanção tributária.

A arbitrariedade de interpretação do aplicador da legislação se soma ao sincretismo metodológico para produzir decisões judiciais que, por vezes, ao não encontrarem limites e parâmetros para a aplicação das sanções no Direito Tributário, extrapolam a moldura jurídica, fundamentam-se em fatores que vão além das normas e ocasionam, com efeito, insegurança jurídica.³²

31 “Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico lícitamente desejado pelo Poder Público é injurídica” (Mello, 2015, p. 867).

32 O sincretismo metodológico caracteriza a inserção e miscelânea de argumentos de sistemas completamente divergentes. A argumentação, nesse sentido, é feita sem qualquer critério normativo ou jurídico; torna-se um “teor de ecletismo difícil de ser resolvido” (Trivisonno; Oliveira, 2014).

Tendo como foco a multa fiscal estipulada, é válido lembrar que a autuação inicial previu multa isolada no percentual de 40% sobre o valor total da operação. Em que pese o RICMS/RO não conter atualmente esta estipulação, deveria haver previsão legal incidente ao Estado de Rondônia, tal qual ocorre no RICMS/MG, em seu artigo 216, inciso II, que determina a incidência de multa de 40% da operação calculada com base no valor da operação por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal (Rondônia, 1998).

Do mesmo modo, o artigo 216, inciso I, alínea “b”, do RICMS/MG, prevê a possibilidade de redução da multa para 10% do valor da operação (por falta de registro de documento fiscal na escrituração fiscal destinada a informar a apuração do imposto) ou para 5% (quando o imposto da saída de mercadoria ou prestação de serviço tiver sido recolhido). Nestas hipóteses, se fosse considerado apenas a sanção do caso, as cominações legais estariam corretas se a operação sob análise estivesse sob a abrangência do RICMS/MG (Minas Gerais, 2002)³³. No entanto, a operação ocorreu no Estado de Rondônia e o Regulamento de ICMS rondoniense não contempla nenhuma dessas possibilidades legais de redução sancionatória.

No caso, o prisma da segurança jurídica foi nitidamente violado, pois não há previsão legal no RICMS/RO que determine previamente que a multa isolada deveria possuir as reduções percentuais gradativas para 10% ou 5%, como foi mencionado. A rigor, pode-se aferir que, pelo menos no momento das decisões judiciais, o texto legal sucumbiu à predominância do entendimento subjetivo do magistrado. De nada adiantou a realização de um planejamento tributário bem estruturado, pois a vontade e discernimento do magistrado foi o elemento chave e, ao final, determinante para a cominação nos percentuais de 10% e 5% que não estão presentes no RICMS/RO.

Todos os pontos tratados neste estudo apontam, com isso, que a falta de coerência entre a legislação e as decisões dos magistrados não corrobora para a confiança da sociedade no próprio sistema que a rege. A previsibilidade e a segurança jurídica ficaram comprometidas no presente caso devido à ausência de limites objetivos e incidentes nas normas do RICMS/RO que se aplicaram à operação da Eletronorte.

A influência de fatores externos ao âmbito jurídico pode se caracterizar como a arbitrariedade do juiz e o sincretismo metodológico observado no uso de legislações externas ao âmbito de aplicação da operação. E essa arbitrariedade e esse sincretismo metodológico fragilizam a segurança jurídica e a confiança da sociedade na previsibilidade das decisões judiciais dos magistrados.

Nesse aspecto, a coerência entre a norma e sua aplicação pela jurisprudência demonstra ser a chave para a sustentação do ordenamento jurídico harmônico. Ora, o indivíduo deveria ter critérios mais nítidos e objetivos para prever as infrações plausíveis a que poderia estar submetido.³⁴

33 Não obstante a validade de sua aplicação à luz da sua natureza confiscatória e destarte da razoabilidade, que não são objetos do presente trabalho.

34 É válido salientar que o presente estudo não tem como objetivo discutir o problema da arbitrariedade das decisões judiciais sob a ótica do confisco e do que se convencionou chamar de princípio da razoabilidade. O artigo visa a reflexão

Este cenário que possibilitaria a segurança jurídica, inclusive para que ele pudesse recorrer de uma decisão porventura exagerada e fora dos parâmetros estabelecidos em lei. Como manifestado, a discricionariedade esbarra no entendimento arbitrário do julgador sobre quais parâmetros ou limites (não previstos na legislação) ele irá utilizar.

Pois bem, é relevante frisar que esse julgamento está concluso com o Relator, Min. Roberto Barroso, e continua até o momento indefinido no que se refere ao tratamento final que se estabelecerá a título de Repercussão Geral. Uma imposição de multa isolada de 40% sobre o valor total da operação possui grande relevância para os demais casos semelhantes, cujo cerne comum é a discussão hermenêutica sobre o enquadramento legal atribuído a casos semelhantes que discutem os limites da sanção tributária.

A redução gradual da aludida penalidade da Eletronorte deveria levar algum formato previamente padronizado para propor faixas ou critérios claros para aplicação dos percentuais das multas isoladas. A legislação prevê a referida penalidade, mas não discute os critérios de diminuição de tal sanção tributária. Essa lacuna legal abre margens para que a autoridade judicial aplique os percentuais de multa isolada que entenderem pertinentes ou baseando-se em disposições normativas que não incidem na presente situação.

A bem da verdade, não se sabe ao certo quando tal multa será aplicada e qual a margem de definição do percentual que deve ser seguido por todos os juízes do poder judiciário. Qual a metodologia padronizada deve ser levada em consideração? Apenas o bem jurídico lesado e a conduta ilícita praticada ou deveria igualmente levar em consideração características pessoais do infrator? Quais as gradações de aplicação/redução da multa? E se o tributo foi integralmente recolhido?

À luz da visão dinâmica da norma e da prática judicial brasileira, é necessário ter cautela com expectativas exacerbadas, pois “[...] uma corte de alta performance deliberativa jamais será capaz de gerar um tipo de segurança e previsibilidade que é próprio do âmbito das ciências exatas” (Oliveira, 2016, p. 7), mas o ordenamento jurídico não pode também esvaziar o cidadão da segurança que se pode esperar do resultado das sentenças dos magistrados.

Na moldura kelseniana³⁵, o raciocínio interpretativo para aplicar corretamente uma norma deve encontrar respaldo no próprio ordenamento em que está inserido. Não há necessidade de sair do âmbito do direito para que se permita solucionar um determinado caso judicial mais complexo. E se houver alguma mudança de orientação (em relação aos posicionamentos passados), ela deve ser exaustivamente justificada e respeitar as posições anteriormente consolidadas³⁶.

a respeito da ausência de limites objetivos nas interpretações dos magistrados sob o viés da moldura normativa e do sincretismo metodológico, norteadores da segurança jurídica.

35 “O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (Kelsen, 1998, p. 247).

36 “A indeterminação tem seu limite e a maneira de Kelsen expressar isso é com a noção de moldura” (Benjamin; Souza, 2010).

O dinamismo do Direito deve ser diretamente vinculado e dependente das normas jurídicas que o integram; ou, do contrário, a própria dogmática jurídica abrirá margens para aplicação da subjetividade judicial desmedida. A despeito da reforma processual do CPC, se ainda existir insegurança jurídica e desconfiança dos jurisdicionados com relação às decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, haverá incoerência e desarmonia no ordenamento.

Uma decisão judicial deficiente e com ausência de limites sancionatórios objetivos refletidos pela legislação aplicada à situação cria lacunas para que a própria dogmática jurídica seja questionada, fazendo surgir universos jurídicos sem limites para as interpretações dos magistrados, deixando os cidadãos brasileiros cada vez mais desconfiados e inseguros³⁷.

Especificamente no âmbito do Direito Tributário, pode-se observar o impacto que a interpretação arbitrária (com fundamentos subjetivos dos magistrados e/ou fundamentos externos ao âmbito jurídico – sem reflexo de determinações claras e objetivas da lei) pode causar se for utilizada para a aplicação de sanções jurídicas.

Dito isso, “alguns parâmetros vêm sendo selecionados pela doutrina especializada, na tentativa de estabelecer limites ao poder discricionário” (Faria, 2014, p. 196). No mesmo sentido, Lúdio Camargo Fabretti (2005, p. 144) afirma que “na interpretação da lei, tanto o juiz como a autoridade administrativa devem integrar, isto é, inserir a lei no sistema de direito vigente. A interpretação deve ser sistêmica”.

Dentre os mais recentes andamentos do julgamento desse processo, observa-se que houve o voto-vista do Ministro Dias Toffoli e destacamento do caso pelo Relator, Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento virtual iniciado em 03/11/23. E mais, considerando o recente julgado do STF no Tema n. 736 (RE n. 796.939/RS), que afastou a multa isolada de 50% imposta pela Receita Federal em casos de pedidos de ressarcimento e compensações não homologadas, a expectativa é que a arbitrariedade da autoridade pública seja limitada ao decretar ou impor penalidades no âmbito tributário. Assim, a tendência é que haja cada vez mais clareza, objetividade e coerência nas sanções tributárias.

Desse modo, as decisões jurisprudenciais podem sofrer alterações no que se refere aos seus precedentes, mas a mudança de orientação jurisprudencial deve ser bem justificada, baseada no sistema jurídico, ou do contrário ocorrerá violação direta e frontal do princípio constitucional da segurança jurídica³⁸. Há um limite gnosiológico para se estabelecer a possibilidade de uma inter-

37 A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela (Kelsen, 1998, p. 181).

38 A volatilidade da jurisprudência “somada à utilização de argumentos estranhos ao Direito para justificar as alterações de posicionamento gera insegurança jurídica aos cidadãos brasileiros, afeta a confiabilidade dos cidadãos no ordenamento jurídico e avaria a boa-fé objetiva presente nas diversas relações jurídicas da sociedade” (Bernardes; Miranda, 2018a, p. 20).

pretação literal e “seca” da lei, mas a construção hermenêutica deve ser menos subjetiva e mais adequada à conformação da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

De modo geral, no capítulo primeiro do presente estudo pode-se observar a relevância da visão hermenêutica da segurança jurídica à luz do positivismo kelseniano, considerando os impactos que podem vir a ocorrer (como a arbitrariedade e do sincretismo metodológico) nas decisões judiciais.

Já no segundo capítulo, a estrutura do Estado Democrático de Direito foi analisada segundo a relevância da função que o sistema tributário possui para a sociedade no que tange à arrecadação destinada a garantir os direitos fundamentais.

Após essa abordagem, o capítulo três trouxe uma reflexão mais específica sobre a necessidade da coerência, da harmonia e da sanção para a manutenção do ordenamento jurídico brasileiro. E a sanção tributária, embora não possua limites bem claros de sua parametrização e gradação, é o elemento garantidor dos recolhimentos tributários e do cumprimento das normas no sistema.

No decorrer dessa linha de trabalho, o capítulo quatro retratou o caso prático da Eletronorte. Além de destacar a relevância do papel jurisprudencial, houve uma descrição histórico-analítica do processo movido pela Eletronorte e a redução da multa isolada (de 40% para 5%) que recebeu por descumprimento de obrigação acessória.

Ao final, foi realizada uma análise crítica importância da segurança jurídica e, respectivamente, da sanção tributária como garantidora do cumprimento das normas de arrecadação fiscal.

Não se pretende, com isso, defender o sonegador (aquele que age a margem da lei) ou criar teses mirabolantes para salvar o cidadão-contribuinte a qualquer custo. Quer-se, unicamente, afastar o equívoco da interpretação desmedida e arbitrária dos magistrados, que desvirtua abertamente o Estado Democrático de Direito.

De igual modo, não se pode imaginar um ordenamento jurídico pautado na legalidade e na segurança que permite aplicação de sanções tributárias a critério individual do juiz, sem qualquer objetividade aferível no âmbito da dita cognição sumária. Esta situação permitiria o desvirtuamento do sistema, com seu desmantelamento pela não observância das normas jurídicas pelo Poder competente, seja pela sua ineficiência e incapacidade, com o descrédito da justiça, seja pelo autoritarismo, propiciando verdadeira ditadura do Judiciário.

Em que pese haver um sistema de normas procedimentais bem organizado sobre o modo de utilização da *coerção* para aplicar as sanções, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma abordagem uniforme e bem sistematizada sobre a gradação da pena em matéria tributária. E as penas excessivas são frequentemente utilizadas para encobrir as verdadeiras razões que moti-

varam algumas decisões jurisprudenciais (fundamentos por vezes externos ao sistema jurídico e marcados pelo cunho arrecadatório do Fisco).

Todos os pontos tratados neste estudo apontam que a falta de coerência na jurisprudência constitucional tributária ocasiona uma profunda perda de confiança da sociedade no próprio sistema que a rege. É a previsibilidade do sistema que permite a ocorrência de relações jurídicas estáveis.

A interpretação sistêmica mostrou ser uma peça essencial para as atividades do magistrado e o princípio da segurança jurídica, respaldado pelo princípio da legalidade, traz em seu bojo parâmetros que devem ser observados com bom senso por qualquer autoridade operadora do direito.

Nesse enquadramento, a utilização de argumentos distantes do Direito para justificar as alterações de posicionamentos judiciais gera insegurança jurídica aos cidadãos brasileiros e afeta a confiabilidade presente nas diversas relações jurídicas da sociedade. O resultado das interpretações possíveis do magistrado deve estar inserido na moldura normativa (evitar sincretismos metodológicos), ou não haverá mais parâmetro de previsão das decisões dos tribunais. O direito prescrito e o descrito por seus operadores podem apresentar divergências, gerando interpretações conflitantes.

Com isso, a interpretação econômica, política ou sociocultural da norma não pode servir como lastro para integrar argumentos externos ao âmbito normativo. A influência desses fatores estranhos (juridicamente não-justificáveis por meio das regras jurídicas), não pode ser absorvida sob o pressuposto de se aplicar princípios jurídicos.

Embora seja compreensível a imaginária justificativa, isso possibilita inconcebível confusão metodológica e científica no desenvolvimento do tema da confiança do cidadão no ordenamento jurídico.

Hoje em dia, o cidadão instaura um processo judicial para reaver os seus direitos e não sabe se a decisão que julgará determinada sanção tributária convalidará uma multa de 22 milhões pela mera não emissão de Nota Fiscal, ou se adotará critérios diversos à seara jurídica para justificar o real motivo arrecadatório da entidade fiscal.

Seguindo a epistemologia kelseniana, o cidadão não pode esperar que um juiz tenha liberalidade de fluir livremente no campo da subjetividade para decidir se a norma questionada judicialmente deve seguir o que predispõe a lei ou se, em virtude da economia, de interesses políticos, repercussões sociais ou estratégias governamentais, o julgamento será decidido de uma outra e inesperada forma.

Diante do que foi exposto, verifica-se que as interpretações subjetivas dos magistrados existem, são prejudiciais ao sistema jurídico e podem ser observadas na jurisprudência pátria (como no caso da Eletronorte).

Deve haver um limite para esse subjetivismo interpretativo exteriorizado na jurisprudência ou, do contrário, a segurança jurídica de qualquer cidadão continuará prejudicada.

Logo, somente com a limitação do sincretismo metodológico e dessa arbitrariedade dos aplicadores da legislação é que o cidadão brasileiro poderá, de fato, utilizar os meios legais permitidos para mover a máquina judiciária sem se aventurar numa seara de insegurança.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECHO, Renato Lopes. O Direito tributário sancionador e as sanções político-administrativas. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 222, p. 103-116, 2014.

BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 34, n. 1, 2010.

BERNARDES, Flávio Couto. **O aspecto procedimental como elemento da norma jurídica tributária e seus reflexos na formação do título executivo**. 2006. 463 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

BERNARDES, Flávio Couto; COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. A eficácia vinculante dos precedentes sobre o processo administrativo tributário. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo *et al.* (org.). **Advocacia pública em juízo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 743-767.

BERNARDES, Flávio Couto; MIRANDA, Victor Pimenta de. (Re)pensando a jurisprudência constitucional tributária e a (des)confiança jurídica. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27., 2018, Salvador. **Anais [...]**. Salvador/BA: UFBA, 2018a.

BERNARDES, Flávio Couto; MIRANDA, Victor Pimenta de. Segurança jurídica e a Teoria da Katchanga. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27., 2018, Salvador. **Anais [...]**. Salvador/BA: UFBA, 2018b.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 640.452-RG/RO**. Punição aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte. Recorrido: Estado de Rondônia. Relatora: Min. Joaquim, 7 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4071634>. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 796.939/RS**. Recorrente: União. Recorrido: Transportadora Augusta SP Ltda. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de março de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4531713>. Acesso em: 16 maio 2024.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 196 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 530 p.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária** (o significado do art. 116, parágrafo único do CTN). 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Prefácio. In: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Código tributário nacional comentado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 144.

FARIA, Edimur Ferreira de. Responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ou conduta contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: FARIA, Edimur Ferreira de; SEVERO E SOUSA, Simone Letícia. **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. 368 p.

GODOI, Marciano Seabra de. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro - estudo de casos. In: YAMASHITA, Douglas (org.). **Planejamento tributário à luz da jurisprudência**. São Paulo: LEX, 2007. p. 237-288.

GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: UCDB, 2001. 184 p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1986.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 346 p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

MADALENA, Luis Henrique. **Discrecionalidade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico (plano de existência)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002**. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS). Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2002. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/ricms/partegeral2002.pdf. Acesso em: 16 maio 2024.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, n. 12(2), p. 146-153, jul.-dez., 2016.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Os fundamentos da democracia: análise crítica da justificação funcional da democracia por Hans Kelsen. **Revista Videtur**, n. 27, 2005.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RONDÔNIA. **Decreto nº 8321, de 30 de abril de 1998**. Aprova o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS e dá outras providências. Porto Velho: Assembleia Legislativa, 1998. Disponível em: <https://www.sefin.ro.gov.br/portalsefin/anexos/RICMS-CONS%20ATE%20DEC%2020629-16.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

SAMPAIO JÚNIOR, Tércio Ferraz. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem do professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65-267.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional**: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio de Aguiar. Trindade e Streck, seus defensores e a filosofia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/trindade-streck-defensores-filosofia-logica-ornamental/>. Acesso em: 16 maio 2024.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Recebido em: 04/06/2020

Aceito em: 06/06/2024

O CASO KOLYNOS-COLGATE COMO MARCO DA CONSOLIDAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO – CADE

THE KOLYNOS-COLGATE CASE AS A
MILESTONE IN CONSOLIDATING THE
COUNCIL OF ECONOMIC DEFENSE – CADE

Emerson Ademir Borges de Oliveira*

Laura de Andrade Ribeiro Martine**

Hélio Daniel de Favare Baptista***

*Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7876-6530>

**Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Público pelo Instituto Cuiabano de Educação – ICEC. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3054-0281>

***Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Professor Titular do Curso de Direito da Faculdade REGES de Ribeirão Preto-SP. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-2799-8052>

Resumo: O presente artigo tem o propósito de analisar tecnicamente a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na apreciação do Ato de Concentração da Kolynos-Colgate ocorrida no Brasil, na década de 90, sob a égide da Lei 8.884/94, e suas implicações relativas ao cenário econômico, social e político. A estratégia metodológica adotada foi o estudo de caso, o método de investigação foi a pesquisa bibliográfica e a técnica de abordagem científica foi o método dedutivo. O trabalho foi desenvolvido com observância na legislação, competência e atuação do CADE no período que antecedeu e sucedeu a análise da fusão Kolynos-Colgate. Concluiu-se pela importância dos estudos econômicos e do CADE para o desenvolvimento da economia do país, que sob risco de extinção, consolidou-se diante de um caso polêmico, com soluções econômicas e alternativas plausíveis apresentando conceitos e técnicas já utilizadas internacionalmente na defesa da concorrência.

Palavras-chave: concorrência; antitruste; CADE; kolynos-colgate.

Abstract: The purpose of this article is to technically analyse the performance of the Council of Economic Defense – CADE in assessing the Kolynos-Colgate merging - which occurred in Brazil in the 90s under the Law 8.884/94 - and its implications for the economic, social and political scenario. The methodology adopted was a case study, the research method was literature review and the scientific approach was the deductive method. This work has been carried out in observance of CADE's legislation, field of competence and performance during the period that preceded and succeeded the analysis of the Kolynos-Colgate merging. The conclusion was that economic studies and CADE were important to the development of the country's economy, and when being threatened, consolidated itself in the face of a controversial case presenting plausible economic solutions, alternative concepts and techniques which have been internationally used in defense of market competition.

Keywords: competition; antitrust; CADE; Kolynos-Colgate.

INTRODUÇÃO

A partir de uma análise integrada entre os ramos do direito e da economia, é possível afirmar que o combate sistêmico e vigilante à concentração de mercados é que garante, ou ao menos contribui, para que as economias de mercado não cheguem ao colapso. Afinal, a existência de monopólios é altamente nefasta à ordem econômica, na medida em que, além de permitir o controle de preços e estimular a baixa qualidade dos produtos e serviços – já que o consumidor fica de mãos atadas por não encontrar substitutos próximos capazes de suprir suas necessidades –, possibilita, ainda, que uma empresa ou um pequeno grupo delas controle o volume produção, colocando em xeque o suprimento das necessidades de toda a sociedade consumidora.

Além disso, as concentrações de mercado desestimulam as inovações e as melhorias constantes de produtos e serviços, pois o monopolista não encontra quem lhe faça frente. Há aí, então, um campo fértil para a estagnação tecnológica e científica.

A par disso é que, conforme se verá no decorrer dos seus capítulos, o presente estudo pretende discutir a política brasileira de defesa da concorrência e a sua relevância para a sustentação da economia de mercado ora vivente, jogando luz sobre um caso emblemático para o antitruste nacional: a fusão das empresas Kolynos e Colgate-Palmolive.

Para tanto, no primeiro e segundo capítulos examina-se os pilares da defesa da competitividade, fazendo uma digressão histórica do início do movimento nacional de regulação da concorrência, desde sua fase mais incipiente e desprestigiada, perpassando, nesse entremeio, por todos os percalços pelos quais teve de passar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência até chegar na atual fase, em que o CADE galgou um papel central; no terceiro capítulo aborda-se o contexto histórico da época do julgamento administrativo do caso Kolynos-Colgate; e, no quarto capítulo e último capítulo, analisa-se as críticas e ovações ao voto vencedor à luz da conjuntura jurídica e econômica então vigentes, e a sua importância para a consolidação do CADE como órgão autônomo de regulação da competição de mercado, mais respeitado e independente.

Nesta viagem, o estudo procurará demonstrar que o julgamento do Ato de Concentração nº 27/1995 não só trouxe uma contribuição técnica e científica para o estudo e sistematização do direito concorrencial, como também aperfeiçoamento dos mecanismos regulatórios, tendo servido de esteio e esperança a inibir as tentações intervencionistas de cunho políticos pelas quais passaram os governos que sucederam o respectivo julgamento.

É neste viés que o presente trabalho garimpará os acertos e desacertos do julgamento do referido caso, sob o prisma técnico, analisando se, naquele contexto, havia lugar para decisão diversa.

A metodologia eleita para a realização deste artigo científico foi a pesquisa bibliográfica, a legislação de regência, bem como os autos do Ato de Concentração nº 27/1995 e o Guia para Análise de Atos de Concentração do BACEN.

1 DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

No final do século XX, visando a diminuição de barreiras entre mercados, a redução de custos dos meios de transportes e a comunicação internacional entre países, a globalização surgiu como processo que possibilitou a integração internacional muito além das fronteiras econômicas, mas também sob o aspecto social, cultural e político.

Nessa acirrada disputa por mercados, houve a essencial necessidade de elevar os produtos comercializados ao nível da concorrência internacional e para facilitar a logística, automação e demais formas de desenvolvimento do produto e das vendas, muitas empresas optam pela concentração.

Ocorre que a formação de oligopólios ou monopólios, que caracterizam a dominação de mercado, controle de preços e representam barreiras à entrada de novas empresas, culminam em restrição à livre concorrência.

Insta destacar que no Brasil, a garantia do desenvolvimento nacional consta como objetivo fundamental da República Federativa (Brasil, 1988).

A par disso, vale destacar que a liberdade de iniciativa econômica, especialmente na sua especificação negocial, não deve ter essência exclusivamente econômica, devendo ser orientadas pela primazia da pessoa humana como protagonista das relações sociais (Popp, 2008, p. 60).

Ao tratar da exploração das atividades econômicas a Constituição traz em seu artigo 170, como um dos fundamentos da ordem econômica, a livre iniciativa, bem como elenca os seus princípios gerais, dentre eles a livre concorrência (Brasil, 1988).

Em que pese o desenvolvimento nacional estar elencado dentre os objetivos da República, o regime econômico é o neoliberal, cuja intervenção do Estado no desenvolvimento das atividades econômicas deve ser restrita às hipóteses previstas em lei ou justificadas nas condutas lesivas de agentes econômicos capazes de desestruturar o mercado.

Desse modo, é que o §4º do art. 173 da Constituição Federal, em prol de garantir a defesa da livre concorrência prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Para tratar da livre concorrência, imprescindível tecer algumas considerações sobre a livre iniciativa, pois “a análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência” (Grau, 2015, p. 198).

1.1 LIVRE INICIATIVA

Assegurada pela Constituição Federal, a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito prevista no art. 1º, além de mencionada no *caput* do art. 170. Contudo, é

preciso ressaltar, desde já, que a livre iniciativa apenas poderá ser lida a partir da valorização do trabalho humano (Borges, 2020, p. 60).

Trata-se, de um direito das pessoas (naturais ou jurídicas), de conteúdo amplo, em ver-se livre para criar, produzir, explorar e/ou exercer qualquer atividade humana (trabalho, ofício ou profissão) ordenada e consciente, inclusive, e sobretudo, com fins econômicos (de lucrar), sem sofrer ingerências ou intervenções estatais arbitrárias, se não em virtude de lei.

A livre iniciativa não significa apenas a liberdade da empresa, mas como termo de conceito extremamente amplo, revela “um desdobramento da liberdade”, podendo ser entendida “tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida” (Grau, 2015, p. 199).

Desse modo, percebe-se que a livre iniciativa engloba além da liberdade facultada à empresa, a liberdade pelo trabalho livre. Parte da doutrina afirma que, mais que um fundamento republicano, a livre iniciativa deve ser compreendida, à luz da Constituição, como verdadeiro direito fundamental do indivíduo (Bastos, 1990, p. 16), um desdobramento da garantia basilar de liberdade, da qual seria uma legítima expressão.

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para empresas (Scaff, 2006, p. 110).

Após essas considerações é que se pode contemplar a motivação do texto constitucional em evidenciar no art. 1º, inciso IV, “o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa” e já na *caput* do art. 170 trazer “lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando, contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado” (Grau, 2015, p. 203). Afinal, o indivíduo jamais se sentirá pleno “enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal” (Bastos, 1990, p. 16).

“A lógica das disposições é a necessidade de harmonização entre contextos que seriam teoricamente opostos. Só haverá espaço para o desenvolvimento livre do setor privado se estiver voltado para os objetivos mais nobres da República” (Borges, 2020, p. 59-60).

No entanto, no modelo econômico sincrético e sintético proposto pelo constituinte nacional, que tenta trazer para o mesmo campo, ora ideais de matriz claramente liberal, ora outras afeitas à social-democracia, reclama-se a necessidade de se buscar um ponto de equilíbrio mediante certa conformação da liberdade de iniciativa econômica com a busca do bem estar social e o bem comum (Gasparini, 2011, p. 869). Daí porque a própria Constituição prevê certas limitações ao exercício da atividade econômica.

E é justamente aqui que as definições da livre iniciativa irão dialogar com as da livre concorrência.

1.2 LIVRE CONCORRÊNCIA

A livre concorrência, como se sabe, é um dos princípios constitucionais norteadores da ordem econômica e financeira da República.

Diferentemente do que ocorre com a livre iniciativa, a livre concorrência não é um desdobramento do direito fundamental à liberdade (embora dela não se afaste), mas sim dos primados constitucionais de isonomia. A sua finalidade é garantir condições ao sustento de um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos constitucionais do art. 3º, debelando, ou, ao menos, desestimulando, tanto quanto possível, os movimentos de concentração e, principalmente, de domínio de mercado (Scaff, 2006, p. 111).

A livre concorrência “preocupa-se em garantir um mercado hígido, onde os agentes possam exercer sua atividade e concorrer livremente uns com os outros, preponderando aquele que puder demonstrar melhor técnica, qualidade preço justo” (Borges, 2020, p. 339).

Neste contexto, é bem verdade que esse interesse constitucional na instituição de uma política antitruste impõe ao Estado a função de mediador, na medida em que impõe limites à liberdade, para que possam sobreviver os ideais da igualdade (Galvêas, 2002, p. 43).

O fato, porém, é que, mais que um instrumento de pacificação social – na conotação mais romântica da expressão –, a política antitruste constitui, na verdade, um instrumento de oxigenação e de sustentação das economias de mercado, e do próprio capitalismo em si, consoante ficará clarividente adiante.

A par desta importância o Estado brasileiro atribui *status* constitucional à defesa da competitividade do mercado, prevendo que a lei estabelecerá o direito regulatório concorrencial, conforme veremos no capítulo subsequente.

2 DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Nos Estados Unidos, em 1888, o senador John Sherman, primando pela defesa dos consumidores e pequenos produtores agrícolas, propôs abertura de uma Comissão para analisar o *trust* após organização de um empreendimento pelos irmãos Rockfeller que, a partir da produção de petróleo, se tornou, em virtude da aquisição de empresas concorrentes, refinarias, empresas de transporte, ferrovias e outros, um gigante empresarial (Fonseca, 2017, p. 274).

Em 1890 foi aprovada a Lei Sherman (*Sherman Act*), primeira regulamentação fundada na defesa da livre concorrência, com objetivo de frear a formação de monopólios ou outros contratos que restringissem o comércio, possuindo penalidades tanto no âmbito civil como penal. Esse Direito antitruste americano influenciou o Direito da Concorrência na atualidade, já que idealizou um direito capaz de efetuar a regulação de mercado.

Fonseca (2017, p. 277) aponta, ainda, que nos Estados Unidos a terminologia usualmente utilizada é “Direito Antitruste” porque a legislação originária pretendia impedir os “trustes”. Já no Brasil a terminologia mais adequada é “Direito da Concorrência”, por tratar de regramento que visa a proteção das relações de mercado. Ao contrário da motivação do *Sherman Act*, a política de concorrência no Brasil está relacionada à redução da intervenção do Estado na economia (Oliveira, 1999, p. 18).

Assim, para que a livre concorrência gere efeitos sociais saudáveis, de modo a incentivar novos empreendimentos e garantir direitos dos consumidores, é necessário que o Estado interfira e regule a economia. Isto porque a concorrência justa é a essência entre a oferta e procura e o único modo de se garantir variedade, preço e qualidade (Dal Vesco; Opuszka, 2014, p. 485).

Portanto, a livre concorrência deve estar em equilíbrio com a livre iniciativa econômica e ambas devem estar em sintonia com os fundamentos, objetivos e princípios constitucionais.

2.1 REGULAÇÃO NO BRASIL

Historicamente, foi também adotada no Brasil uma política de intensa intervenção estatal na economia, inclusive com a criação de grandes empresas estatais, para a monopolização de áreas que o Governo central compreendia como estratégicas para, em cooperação com o setor privado, procurar garantir o controle mínimo de preços.

Somente na década de 60 é que se concebeu a criação de uma política antitruste mais efetiva e abrangente, com vistas a se alinhar com os mecanismos adotados em outros países. Foi, então, a partir da Lei nº 4.137/62, que o ordenamento jurídico nacional procurou inaugurar o que viria a ser uma política antitruste melhor estruturada.

A referida Lei previa a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica como órgão público encarregado de examinar e combater possíveis abusos do Poder Econômico, inclusive com a prerrogativa de editar normas infralegais que possibilitassem o desenvolvimento de suas atribuições (Oliveira; Rodas, 2013, p. 32-33).

Porém, com a ruptura democrática instalada no país nos anos subsequentes com a intervenção militar, o que se viu foi uma certa frustração dessa política do direito concorrencial recém-nascida.

Além disso, serviram como balde de água fria à prática de uma política antitruste mais estruturada as constantes reversões das decisões do CADE na via judicial, tornando embalado e, por vezes, desmoralizando a atuação de tal Conselho (Ragazzo, 2005, p. 20).

Cessada essa fase, com o restabelecimento do Estado democrático de direito, caracterizado pela soberania popular e garantia dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) previu em seu art. 173, §4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Isso porque o patamar de poder econômico gera para os concorrentes, compradores ou agentes de outros mercados uma situação de submissão às regras e a preços manipulados por ele (Nusdeo, 2002, p. 241). Desse modo, a regra constitucional mencionada, se efetiva pela lei de regência, estipulando “sanção para a prática de abuso econômico não apenas em virtude da intenção do agente, mas, sobretudo, em atenção aos efeitos nocivos, em estado potencial e concreto, advindos da prática” (Gaban; Domingues, 2009, p. 86).

Assim, embora a primeira norma importante sobre a defesa da concorrência tenha sido a Lei nº 4.137/62, a defesa da concorrência ganhou maior importância a partir da Lei nº 8.884/94, em virtude das reformas administrativas que marcaram a década de 90. Vale dizer, a reforma econômica, através da privatização, desregulação e liberdade comercial criaram demanda social para repressão e prevenção do abuso de poder econômico, agora mais concentrado nas mãos dos agentes privados (Oliveira, 1999).

A Lei nº 8.884/94, além de elevar o CADE à natureza de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, transformando-o em órgão mais independente, dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, trazendo em seu bojo o controle de atos de concentração.

Em que pese ter sido revogada com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011), foi na vigência da Lei n. 8.884/94 que o caso Kolynos-Colgate foi julgado e, portanto, neste contexto o ato deve ser analisado.

2.2 ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO CADE NA VIGÊNCIA DA LEI N. 8.884/94

Criado pela Lei n. 4.137/62 como um órgão do Ministério da Justiça, ao CADE competia, à época, fiscalizar a gestão econômica e o regime de contabilidade das empresas. Todavia, como já dito, com a promulgação da nova Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), o órgão foi elevado à categoria de autarquia federal, vinculada ao mesmo Ministério.

A Lei n. 8.884/94 definia as atribuições dos três órgãos responsáveis pela política de defesa da livre concorrência no Brasil, que formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): a Secretaria de Direito Econômico – SDE e o CADE, vinculados ao Ministério da Justiça, bem como a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda (Brasil, 1994).

Os processos eram instruídos pela SDE e pela SEAE, que emitiam pareceres técnicos não vinculativos, e que eram encaminhados para julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Segundo o art. 7º da Lei n. 8.884/94 (Brasil, 1994), dentre outras atribuições, competia ao CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas. Assim, os atos de fusão ou incorporação, que visassem concentração econômica e que pudessem limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deveriam ser submetidos à apreciação do CADE. Era o que previa

o *caput* do art. 54 da mencionada Lei que, nos incisos de seu §1º, estabelecia as condições necessárias à aprovação do referido ato, quais sejam: (i) que o ato objetive o aumento da produtividade, a melhora da qualidade dos bens ou serviços, e/ou a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) que traga benefícios equitativos entre os participantes do mercado e os consumidores; e (iii) que não implique eliminação da concorrência de parte substancial de tal mercado relevante.

A composição do CADE consistia em um Presidente, seis Conselheiros e um Procurador-Geral – todos com mandato de dois anos –, cujas decisões não eram passíveis de recurso administrativo, mas apenas de revisão judicial, como qualquer decisão administrativa, por força do *princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição* (Brasil, 1988).

2.3 ASPECTOS RELEVANTES NA ANÁLISE DE UM ATO DE CONCENTRAÇÃO

Conforme art. 7º da Lei n. 8.884/94, ao CADE era atribuída tão somente a função de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar penalidade em processos instaurados pela SDE - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

As infrações à ordem econômica consistiam em atos que tivessem por objeto ou pudessem produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros, exercer de forma abusiva posição dominante, conforme elencava o art. 20 da Lei de Defesa da Concorrência.

Outro aspecto relevante a ser considerado é que no mesmo artigo da lei 8.884/94 existia o comando de se iniciar previamente os atos de concentração ao CADE e, em seguida, comunicá-la ao órgão.

Isso tornava a legislação brasileira da época absolutamente incoerente pois permitia que diversos atos de natureza societária, financeira, administrativas dentre outras, fossem consolidados, de maneira a tornar o possível desfazimento do negócio algo altamente dispendioso, problemas inexistentes em outros países em que a legislação já exigia, naquele tempo, a notificação prévia da operação (Gheventer, 2005, p. 64).

3 CONTEXTO HISTÓRICO

Cabe trazer à tona o momento histórico vivido no Brasil quando da análise da operação Kolynos-Colgate pelo CADE, já que são nuances políticas essenciais para o entendimento da complexidade e repercussão da decisão tomada pelo Conselho.

Na década de 90, em especial a partir do Governo FHC, o Estado brasileiro passou a desempenhar novo papel ao repassar aos particulares o exercício de determinadas atividades, exercendo assim sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica, em conformidade como art. 174 da CF. Essa atividade foi concretizada com a edição do Programa Nacional de Desestatização (PND) (Pereira Neto; Prado Filho, 2016, p. 14).

O Estado, portanto, assume dois papéis complementares, o de reformular os setores exercidos pelo Poder Estatal, e, de outro, proteger os espaços abertos para competição, barrando alterações estruturais ou condutas de agentes econômicos que fossem prejudiciais à concorrência (Pereira Neto; Prado Filho, 2016, p. 14).

Desse modo, para não omitir sua função de ator dentro do mercado e cumprir o previsto na Constituição (art. 174), passou a exercer a função de agente normativo e regulador das atividades econômicas. E para o exercício destas incumbências constitucionais, o Estado passa, então, a criar agências diversificadas e especializadas, já que as atividades econômicas de então já gozavam destas mesmas características (Fonseca, 2017, p. 193).

Porém, o fato mais relevante a impactar o ato de concentração sob exame ocorreu em 29 de março de 1995, ao analisar o Caso Gerdau, no Ato de Concentração nº 16/1994, em que o Conselho determinou a desconstituição da compra da Siderúrgica Pains (MG) pela Gerdau S.A.

Contra tal decisão foi interposto um recurso ao então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, que, apesar de não ter competência legal sequer para conhecê-lo – visto que, de acordo com o art. 50 da Lei Antitruste, as decisões do CADE não comportavam revisão no âmbito do Poder Executivo –, não só analisou, como o acolheu, determinando a suspensão provisória da decisão. A Conselheira do CADE à época, Neide Mallard, expressou críticas sobre o episódio: “[...] Ficamos perplexos, pois jamais imaginávamos que o CADE fosse solapado no âmbito do próprio Ministério da Justiça” (Dutra, 2009, p. 47).

O CADE, por sua vez, desconsiderou a decisão do Ministro (Dutra, 2009, p. 34-35). Segundo relatos da referida Conselheira, os conselheiros concluíram que não deveriam enviar o processo ao então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, mas sim ao Ministério Público, para que este executasse a decisão, como lhes facultava a lei. Desse modo, enviaram um ofício ao Ministro explicando os motivos da decisão, bem como expondo as razões pelas quais o colegiado não reconhecia a competência ministerial para rever decisões do CADE.

Conforme Ruy Coutinho, então Presidente do CADE, houve “não só a dura crítica de advogados protestando contra o que diziam ser uma violação à letra da lei, mas também, de outro lado, os meios empresariais, contrários à decisão do CADE” (Dutra, 2009, p. 35).

A problemática motivou estudos do governo para redução do poder do CADE, a fim de introduzir alterações na legislação de regência, em especial no pertinente às operações de fusão e aquisição, cuja atribuição passaria a ser da Secretaria de Direito Econômico (SDE), então ligada ao Ministério da Fazenda (Gheventer, 2005, p. 62-63).

Outra acusação que se fazia ao CADE à época é que este havia se tornado um empecilho ao movimento de internacionalização da economia e da indústria (Basile, 2009, p. 6).

A gravidade da crise foi tal que todos os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos, sendo que em 15 de maio de 1996 foi empossado o Novo Conselho do CADE (Salgado, 2006).

Em princípio, a nova composição fez valer a venda da Pains para uma compradora de pouca expressão, a Cabomat (Câmara *et al.*, 2009, p. 391). No entanto, em novembro de 1996, o caso foi retomado e o CADE acabou apresentando propostas alternativas à venda da Pains, dentre elas, a reativação e venda de uma unidade já desativada da própria Gerdau e de uma empresa de transportes, chamada Transpains, o que foi aceito pela Gerdau que, desta forma, desistiu do recurso outrora interposto, o que, enfim, deu cabo a um dos casos mais polêmicos do antitruste nacional.

Assim, por ter sido o primeiro a ser julgado após todo esse imbróglio, o caso da fusão Koly-nos-Colgate precisava vencer dois desafios: o da fragilidade de um órgão recém-reformulado e o da desconfiança que pairava na sociedade. E foi neste contexto que o respectivo ato de concentração foi julgado pelo CADE (Salgado, 2006).

4 A ANÁLISE DO CASO KOLYNOS-COLGATE PELO CADE

Em 1995, a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram, através de um leilão realizado em Nova Iorque, parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation (AHP). A fatia brasileira desse negócio, adquirida por US\$760.000.000,00 (setecentos e sessenta milhões de dólares), e que correspondia a 73% de toda a operação, era representada pela subsidiária local da AHP, a Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda.

Embora a aquisição dessa tenha se dado em 10 de janeiro de 1995, e o §4º do art. 54 do da Lei nº 8.884/94 estabelecesse que os atos de concentração somente teriam validade jurídica após a chancela do CADE, a submissão da aquisição da Kolynos pela Colgate ao crivo do plenário do mencionado Conselho se deu apenas em 18 de setembro de 1996 – mais de um ano e oito meses depois -, já com uma nova composição empossada 15 de maio de 1996.

Desse modo, a requerente K&S aquisições LTDA., agindo em seu nome e em nome da controladora indireta Colgate-Palmolive Company, submeteu à apreciação do CADE, uma petição de 86 (oitenta e seis) laudas, datada de 30 de janeiro de 1995, a qual foi autuada pela SDE como o Ato de Concentração nº 27/95, transformando-se em um processo extenso, que possui quinze volumes e 5.457 folhas, o qual fora posterior e integralmente digitalizado.

À época, os autos eram autuados perante a SDE, conforme determinava a Lei 8.884/94 e, somente depois, eram encaminhados ao CADE para análise da operação. Portanto, quando o CADE recebeu os autos, a junção das empresas já ocorrera havia um ano e “havia muito menos espaço para o CADE atuar” (Dutra, 2009, p. 58).

A relatoria do processo em questão foi distribuída à Conselheira Lucia Helena Salgado, uma economista recém-empossada, sobre a qual recaiu uma enorme expectativa e, mais do que isso, as esperanças de que esse novo modelo autônomo de um sistema nacional antitruste pudesse não apenas sobreviver diante das muitas pressões que lhe eram impingidas, mas, também, ganhasse certa musculatura para poder resistir às intempéries políticas que poderiam continuar minando a atuação do Conselho.

4.1 O VOTO DA RELATORA

Em razão de todas as nuances políticas que envolviam o caso, somadas à situação fática de que, quando da análise da operação pela Relatora conselheira, a junção das empresas já havia ocorrido, o Conselho “tinha de encontrar uma solução, não podia simplesmente aprová-lo ou reprová-lo inteiramente, solução inviável, pois não era possível retornar a situação inicial” (Dutra, 2009, p. 59). Para tanto era necessário reunir, a um só tempo, um substrato técnico cientificamente aceitável, como também uma proposta social, política e administrativamente palatável, livre de maniqueísmos e das incompatibilidades quase que juvenis entres as perspectivas dos ramos do Direito, da Economia e da Administração.

Assim, para embasar sua conclusão, a Relatora do Ato procurou introduzir no antitruste brasileiro conceitos básicos de análise econômica cunhados da literatura estrangeira relativos à “teoria da organização industrial” – que constituem o modelo “estrutura-conduta-desempenho (ECD)” (Gama; Ruiz, 2007, p. 234) – tais como os de “mercado relevante”, “estrutura de mercado”, “barreiras à entrada”, “estratégias de detenção de entrada”, “concorrência potencial”, “possibilidades de entrada”, além de outros, os quais serviram para dar suporte teórico à decisão (Salgado, 2006, p. 2). Dentre eles, importante destacar, alguns conceitos e definições, a fim de facilitar, a compreensão final do que se decidiu.

a) mercado relevante: é um conceito bidimensional, e que pode definido como o menor grupo de produtos, com maior homogeneidade possível (dimensão do produto), dentro da menor área geográfica (dimensão do espaço), onde um possível monopolista esteja em condições de impor um “pequeno, porém, significativo e não transitório” aumento de preços (Banco Central do Brasil, 2012, p. 3).

b) estrutura de mercado – é a forma como o mercado se estrutura levando-se em consideração três variantes principais, quais sejam: (i) número de concorrentes no mercado; (ii) diferenciação do produto; e (iii) a existência (ou não) de barreiras à entrada de novas empresas. Segundo estas três variantes, o mercado de bens e serviços, pode ser estruturado como (a) *concorrência perfeita*, (b) *monopólio*, (g) *concorrência monopolística* ou (d) *oligopólio* (Banco Central do Brasil, 2012, p. 6).

c) barreiras à entrada: são fatores que impedem ou dificultam que novas empresas tentem ingressar em determinado mercado relevante, mesmo quando as empresas que já atuam naquele segmento estejam obtendo lucro econômico. Estas restrições à entrada podem ser classificadas em *estruturais* e *estratégicas*. As primeiras, também conhecidas por *barreiras econômicas*, estão relacionadas às características da *tecnologia*, dos *custos* e da *demanda*. Já as últimas, também chamadas de *comportamentais*, são construídas pela conduta das instituições já instaladas no mercado relevante.

Constituem-se em importantes barreiras à entrada de novas concorrentes os seguintes fatores: (i) custos irrecuperáveis; (ii) barreiras legais ou regulatórias; (iii) recursos (tecnologias, contratos de exclusividade etc) de propriedade exclusiva das instituições instaladas; (iv) as economias de

escala ou de escopo; (v) a integração vertical da cadeia de produtos e de serviços financeiros; (vi) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; (vii) a ameaça de reação dos competidores instalados; e (viii) os custos de mobilidade dos clientes (Banco Central do Brasil, 2012, p. 7-8).

d) concorrência potencial: é a competição por lucros entre as empresas já estabelecidas em um mercado e novas empresas, interessadas em iniciar a operação no mesmo setor (entrantes). O conceito de concorrência potencial revela que, quando um mercado apresenta lucros elevados de forma permanente, é de se esperar que novas empresas venham a tentar se estabelecer, no afã de compartilhá-los (Kupfer; Hasenclever, 2002, p. 20).

e) concorrência real: É a que se dá entre as empresas já estabelecidas em determinado segmento, operando-se em função do número de concorrentes e do tamanho relativo das participações das diversas empresas que formavam a respectiva indústria.

Pois bem. Hodiernamente, tais conceitos já estão estabelecidos na doutrina e jurisprudência concorrencial. À época, porém, estes conceitos orbitavam apenas na doutrina antitruste internacional, sendo o Ato de Concentração Kolynos-Colgate um dos corresponsáveis – senão o principal responsável – pela introdução de tais conceitos na sistemática brasileira de defesa da concorrência, influenciando a análise de várias outras fusões subsequentes.

E foi trabalhando estes conceitos que o colegiado chegou a um paradigmático decisório. O voto da relatoria procurou, então, seguir por padrões até então desconhecidos e não normatizados como etapas da análise dos atos de concentração. Primeiramente, definindo-se o mercado relevante a ser analisado, com a consequente determinação das parcelas de mercado sob controle de cada concorrente no mercado. Na sequência, seguiu-se com a análise acerca da probabilidade de exercício de poder de mercado e das eventuais eficiências econômicas que pudessem ser geradas pela aprovação da fusão. Por fim, a análise da conveniência ou não da aprovação passou por uma avaliação da relação custo/benefício da operação.

Importante frisar que a requerente tentou fazer com que o CADE considerasse como “mercado relevante” a ser analisado no procedimento o mercado mundial de “saúde bucal”, à época controlado basicamente por Procter & Gamble, Colgate-Palmolive, Gessy-Lever e Smithkline Beecham, que concorriam entre si nos principais segmentos do mercado.

Tal estratégia, porém, fracassou. A primeira, e talvez principal direção do Conselho foi desconstituir essa ideia, destrinchando o mega-mercado de “saúde” ou “higiene bucal” em mercados relevantes autônomos, a partir da elasticidade máxima de cada produto componente do setor. A partir daí, concluiu-se que o mercado de “saúde bucal” era integrado por quatro mercados relevantes: a) fio-dental, b) enxaguante bucal, c) escova de dente, e d) creme dental.

A partir de dados da Colgate, o CADE elaborou a seguinte tabela de participação das empresas do mercado atuantes no mercado nacional em cada um destes mercados relevantes:

Tabela 1 - Participação das empresas do mercado atuantes no mercado nacional

Volume Físico	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxaguante Bucal
Kolynos	50,9%	26,7%	7,9%	-
Colgate	26,6%	8,4%	2,3%	14,5%
Kolynos + Colgate	78,5%	35,1%	10,2%	14,5%
Gessy Lever	22,3%	2,6%	-	-
Johnson & Johnson	-	25,8%	56,3%	5,4%
Augusto Klimmek	-	16,9%	-	-
Merrel Lepetit	-	-	-	39,4%
Oral B (Gillete)	-	9,5%	12,8%	

Fonte: Colgate. Elaboração: CADE.

Na sequência, o Conselho pode se aprofundar nas etapas subsequentes da análise, extraindo o que compreendia ser a melhor síntese dos argumentos contrapostos.

Apesar da empresa Procter & Gamble ter tido papel importante na antítese à aprovação da operação, também foram contrários outros concorrentes, clientes, assim como institutos não governamentais especializados em consumo, como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcom) (Gheventer, 2005, p. 64).

Baseado no índice HHI¹, a SEAE manifestou-se no sentido de que a fusão geraria expressivo poder de mercado à empresa gerada, difícil de ser combatido dada a dimensão das barreiras de entrada existentes, agravadas pela não constatação de possíveis sinergias capazes de contrabalançar o aumento da concentração (Oliveira; Rodas, 2013, p. 378).

Por sua vez, apesar de fazer ponderações análogas, evidenciando que o ato geraria um cenário quase monopolístico, o parecer da SDE apontou não ser possível constatar a efetiva lesão à ordem econômica, sendo necessário maior estudo (Oliveira; Rodas, 2013, p. 378).

A partir desse quadro é que, seguindo o voto condutor, a maioria do colegiado concluiu que nos mercados relevantes de fio dental e enxaguante bucal a concentração não implicaria em ameaça à concorrência, tendo em vista “a reduzida participação das empresas em questão nesses mercados”.

Quanto ao mercado relevante de escova dental concluiu que, apesar de as duas empresas juntas passarem a deter a primeira posição em volume de vendas (35,1%), referido produto contava um diferencial junto ao consumidor na medida em que, por se tratar de um bem de experiência juntamente com o baixo custo da experimentação, faziam o mercado ser altamente competitivo.

Todavia, no pertinente ao mercado relevante de creme dental, conclui-se que a aquisição poderia implicar na eliminação substancial da concorrência, em especial a concorrência intermarcas, característica desse tipo de mercado, tendo em vista que o negócio encetava compra da marca líder do

¹ O Índice de Herfindahl Hirschman corresponde ao quadrado das participações percentuais de cada empresa atuante em determinado mercado relevante, variando de 0 a 10.000, de modo que em um modelo de concorrência perfeita os valores das participações individuais de cada concorrente tendem a zero, ao passo que num modelo monopolístico, a participação de uma delas se aproxima de 10.000.

mercado pela vice-líder, de modo a angariar uma participação de quase 80% do mercado, enquanto a empresa seguinte em participação permaneceria com algo próximo de 20%. As demais concorrentes do segmento, de tão pequenas, não chegariam a atingir 1%. O voto condutor ponderou que:

Muito embora a concentração de mercado não “crie” barreiras à entrada, ela aumenta os riscos e os custos de entrada no mercado. Os recursos em mãos da firma dominante para reagir à tentativa de entrada e manter sua posição de mercado são muito amplos, o que aumenta o custo e o risco de entrada e consequentemente inibe a entrada de novos competidores, posto que a entrada nesse mercado envolve consideráveis custos irre recuperáveis em propaganda e promoção (Salgado, 2006, p. 99).

Assim, em sessão plenária, no dia 18 de setembro de 1996, a maioria do colegiado – à exceção do Conselheiro Renault de Freitas Castro, que votava pela reprovação integral do ato –, concluiu pela aprovação da operação no que concerne aos mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal, por não representar dano ou ameaça à concorrência.

Já no pertinente ao mercado relevante de creme dental, a aprovação da operação foi condicionada, devendo a requerente, optar, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação da decisão, por um dos três conjuntos de condições: a) suspensão da marca Kolynos pelo prazo de 4 (quatro) anos; ou b) licenciamento exclusivo para terceiros da marca Kolynos; ou c) alienação da marca Kolynos para comprador que não detivesse participação maior do que 1% no mercado e que se apresentasse como competidor capaz de sustentar a marca.

Foi concedido à requerente o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão, para a escolha de um dos conjuntos de condições, e outros 60 (sessenta) dias para a apresentação de um dos planos, sob pena de multa diária de R\$85.000,00.

A requerente optou pelo conjunto “A”, que, além da suspensão da marca Kolynos, impunha à nova empresa formada pela concentração o dever de prestar suporte logístico de produção e distribuição, necessários para que outras empresas pudessem se estabelecer no segmento da pasta “KOLYNOS Super Branco”.

Tal conjunto de condições foi idealizado porque, segundo as projeções do CADE, além de o prazo de quatro anos ser o tempo mínimo necessário para que uma concorrente entrante no mercado relevante de cremes dentais pudesse se estabelecer neste “espaço vazio” deixado pela Kolynos, essa sua entrada necessitaria de certo apoio logístico de produção e distribuição.

Finalmente, os termos do Compromisso de Desempenho assumido pela nova empresa foram homologados à unanimidade, nos termos do voto da relatora, com as achegas dos conselheiros Rangel Xausa e Fonseca da Silva (Oliveira; Rodas, 2013, p. 378).

4.2 DAS CRÍTICAS À DECISÃO

Como já era de se esperar, a decisão gerou divergentes opiniões. Tanto a comunidade empresarial como o governo apreciaram a decisão. Em suas memórias, aliás, a relatora confidenciou que, antes da votação plenária, foi juntamente com o presidente do Conselho à presença do Ministro Jobim para apresentar-lhe uma prévia do que seria sua decisão e deste recebeu um elogio. Para o Ministro, a relatora teria encontrado uma solução que trazia a operação “para dentro da legalidade da defesa da concorrência” (Dutra, 2009, p. 58).

Por outro lado, as críticas não foram poucas. Dentre elas, destacamos a manifestação do então Conselheiro Renault de Freitas Castro, voto vencido no referido ato, para quem a transação significou a concentração de 75% da produção de creme dental nas mãos de um único produtor, condicionando a aprovação à retirada da marca Kolynos do mercado por quatro anos e, ao fim desse prazo, pesquisas apontam que essa medida foi insuficiente para causar o efeito esperado (Castro, 2000).

Outro expoente da crítica à decisão de aprovação foi o ex-Conselheiro do CADE, Arthur Barrionuevo, para quem a solução comportamental sugerida teria fracassado:

Conforme a análise do Cade, existiam barreiras à entrada de novas empresas, especialmente relacionadas à fidelidade às marcas existentes por parte dos consumidores e pelo sistema de distribuição. A compra, portanto, ampliava o poder do detentor das marcas, a Colgate. Para resolver essas dificuldades foi tentada uma solução comportamental (retirada da marca Kolynos por um certo período de tempo) que fracassou. A empresa foi rápida ao lançar uma marca alternativa (Sorriso) que herdou os consumidores da Kolynos e o Cade *não soube reagir a tempo* (Barrinuevo, 2011, p. 10).

Diante deste quadro, em 2006 a relatora do ato de concentração em questão escreveu um artigo denominado “O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira” (Salgado, 2006) no qual, além de explicar sobre a importância do caso para o CADE, procurou apresentar dados no sentido de que, ao fim do período de suspensão da marca Kolynos, verificou-se uma paulatina queda real do preço de creme dental, levando-se em consideração a evolução do preço nominal do bem em relação ao IGPM/FGV.

Com a decisão teria também havido uma evolução do consumo bruto anual do produto que, em 1994, seria de 33.918 toneladas e, em 2001, atingiu a marca de 59.420 toneladas, com um salto do consumo *per capita* de 251,9 gramas em 1994 para expressivos 400,3 gramas em 2001.

No mais, concluiu asseverando que ao fim do quarto ano de suspensão da marca Kolynos teria havido importante alteração nos percentuais de participação no mercado já que a empresa dominante, decorrente da fusão, teria sofrido uma queda de 14,3% na participação, ao passo que as demais marcas, capitaneadas por Gessy Lever e GlaxoSmithkline, teriam dado um salto de 23% para 37,3%, alterando, assim, de forma substancial, o cenário de participações no mercado de creme dental.

Feitas estas considerações, deve-se ter em mente a complexidade do caso posto em exame, na medida em que a natureza híbrida das decisões do CADE atrai inevitavelmente aos casos julgados as críticas das áreas jurídica e econômica, o que, por si só, afasta qualquer possibilidade de convergência das impressões acadêmicas, seja qual for o caso colocado sob análise. Afinal, conforme a doutrina especializada:

[...] enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo (Oliveira; Payão, 2018, p. 206).

Por essa razão é que o exame individualizado de qualquer ato de concentração não deve estar limitado ao enfoque ou aos dogmas desta ou daquela disciplina. Aliás, nem mesmo a chamada análise econômica do direito (*Law and Economics*) parece ser capaz de tutelar, explicar ou servir de norte único para se aferir se determinado veredicto se revela mais ou menos adequado.

Aliás, a pretensão não é essa. É preciso buscar elementos fáticos, históricos e institucionais capazes de unir, criar elos possíveis entre o exame jurídico da função econômica e a análise econômica das funções jurídicas dos atos de concentração em geral.

É necessário que se busque vislumbrar de antemão os reflexos e as implicações de determinada decisão no *habitat* da defesa da concorrência e de todos os seus agentes, mas também no papel institucional do próprio órgão julgador.

CONCLUSÃO

A análise acadêmica de casos consolidados se revela sempre injusta para com os investidores, já que coloca o observador em uma posição presunçosa e de extrema vantagem em relação àqueles a quem se confiou o seu julgamento no calor dos acontecimentos.

No caso do presente artigo, não se buscou, nem se teve a pretensão de trazer uma conclusão estanque acerca do acerto ou desacerto da decisão do CADE no Ato de Concentração nº 27/1995, seja sob a ótica do direito, seja da economia, tampouco da *Law and economics*. Ao contrário, o que se pretendeu foi demonstrar que, diante do cenário existente à época do referido julgamento, a solução apresentada pela relatora, e que foi acompanhada pela maioria dos membros, revelou-se como uma das principais razões para que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pudessem se estabilizar nesse atual formato.

Conquanto o Brasil tivesse flertado em vários momentos com uma melhor estruturação da política antitruste, estas tentativas foram, ao longo dos anos, sendo sempre serenadas por sucessivos períodos de ruptura democrática, e que acabavam minando este ideário de um órgão independente, livre de ingerências políticas.

Apenas a partir da reforma administrativa iniciada no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso é que se concebeu este modelo mais independente do CADE.

E foi justamente neste estágio embrionário desta nova modelagem do órgão que a fusão Kolynos-Colgate foi levada a julgamento. Curiosamente, aliás, logo após o fatídico e polêmico julgamento, pelo órgão, da aquisição da Pains pela Gerdau, cuja concentração foi inicialmente vedada pelo CADE, e que gerou uma série de represálias políticas que foram da ingerência ministerial na suspensão dos efeitos do veredicto por decisão unipessoal do então Ministro da Justiça à não recondução dos seis conselheiros que votaram contrários à referida concentração e, ainda, a criação de grupo interministerial de estudos técnicos com vistas a sugerir alterações legislativas tendentes à mitigação dos poderes e independência do CADE.

Embora não se possa afirmar com nitidez qual o tamanho do alijamento funcional que poderia recair sobre o CADE em um novo veredicto de desaprovação do ato de concentração - já que isso demandaria amplas conjecturas -, o certo é que dificilmente uma decisão nestes termos passaria *in albis*.

Na visão maniqueísta da época, a decisão a ser proferida, por mais embasada que fosse, estaria fadada a uma enxurrada de críticas. A aprovação pura e simples da concentração traria reflexos morais por demais negativos ao Conselho, já que passaria uma imagem (ainda que inverídica) de fraqueza institucional e de subserviência às forças políticas então dominantes. Já a desaprovação total poderia implicar em uma injusta, porém inevitável, redução dos poderes e atribuições do Conselho, além de trazer reflexos negativos para a economia nacional e continental daquele mercado relevante.

E, neste contexto, a grande e inesperada solução daquele Conselho foi a de cunhar uma decisão híbrida capaz de afastar o peso de um veredicto de aprovação ou desaprovação. Na verdade, a decisão da aprovação da fusão Kolynos-Colgate, apenas com a suspensão da temporária marca da empresa líder no mercado relevante de creme dental conseguiu não apenas conciliar uma proposta técnica, jurídica e economicamente aceitável, mas também uma solução sócio-política e administrativamente palatável, não vedando uma importante e milionária fusão já consolidada, ao mesmo tempo em que apresentou medidas tendentes a mitigar os efeitos do aumento da concentração gerada pelo negócio.

O fato de as concorrentes não terem sido eficientes na busca pelo preenchimento da lacuna deixada pela retirada da marca Kolynos de mercado de pasta de dente pelo considerável período de quatro anos não pode ser atribuído à decisão em si.

Desse modo, ainda que possa haver críticas pontuais a esse modelo de aprovação com ressalvas – cuja fórmula foi repetida em tantos outros atos de concentração subsequentes, inclusive na reapreciação do caso Gerdau-Pains – não se pode negar que a decisão do CADE no Ato de Concentração nº 27/1995 foi, sem sombra de dúvidas, se não o maior, um dos principais responsáveis pela consolidação funcional e renascimento da imagem do CADE perante a opinião pública e o

governo vigente num momento histórico de amplas reformas administrativas que traziam consigo as instabilidades políticas a elas inerentes.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Departamento de Organização do Sistema Financeiro. **Comunicado n. 22.366, de 27 de abril de 2012**. Divulga o guia para análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo banco central do Brasil. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2012. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/especialnor/Comunicado22366.pdf>. Acesso em: 13 maio 2024.

BARRINUEVO, Arthur. CADE: os casos Kolynos e Ambev, dez anos depois. **Valor Econômico**, Brasília, DF, 2011.

BASILE, Juliano. **Livro revela bastidores de julgamentos do CADE**. Brasília, DF: Valor Econômico, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BORGES, Emerson. **A constituição brasileira ao alcance de todos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 13 maio 2024.

CÂMARA, Emerson Andrade; MIDDARENA, Juliana Wolff B.; MELO, Maria José; MINADEO, Roberto. A política antitruste no Brasil: estudo de caso Kolynos. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 43, n. 2, p. 383-399, out. 2009. DOI: <https://doi.org/10.5007/2178-4582.2009v43n2p383>

CASTRO, Renault de Freitas. CADE 2000: a missão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1008200006.htm>. Acesso em: 13 maio 2024.

DAL VESCO, Gabriela; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Fusão na indústria alimentícia: o caso BRF S.A para compreensão da decisão política e suas consequências sócios políticas. **Revista Jurídica Unicritiba**, Curitiba, v. 3, n. 36, p. 459-490, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i36.1038>

DUTRA, Pedro. **Conversando com o CADE**. São Paulo: Singular, 2009.

FONSECA, João Leopoldino da. **Direito econômico**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALVÊAS, Ernane. O direito de concorrência. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). **Direito concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à lei n. 8884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GAMA, Mariana Moreira da; RUIZ, Ricardo Machado. A prática antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 16, n. 2, p. 233-258, ago. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-06182007000200005>

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GHEVENTER, Alexandre. **Autonomia versus controle**: origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015.

KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresa. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 203-224, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2018v21n41p203-224>

OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência no Brasil: tendências recentes e desafios a frente. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 17-25, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-75901999000300003>

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferras de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-48, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/59453>. Acesso em: 13 maio 2024.

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. **Revista Jurídica Unicritiba**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 45-72, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v21i5.115>

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 13-26, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrenca/article/view/753>. Acesso em: 13 maio 2024.

SALGADO, Lucia Helena. O caso kolynos-colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: SALGADO, Lucia Helena. **A revolução do antitruste no Brasil**: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2006. p. 29-42.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

Recebido em: 10/07/2020

Aceito em: 16/05/2024

FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO A PARTIR DA EDIÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL – LEI N. 14.026/2020

WAYS OF PROVIDING PUBLIC BASIC SANITATION SERVICES FOLLOWING THE NEW LEGAL FRAMEWORK – LAW NO. 14.026/2020

Juliano Heinen*

*Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER, UCS e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), da Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS) e do Estado do Rio Janeiro (EMERJ), da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3049-6858>

Resumo: A partir da edição da Lei nº 14.026/2020 (Brasil, 2020a), que introduziu um novo marco legal do saneamento básico no Brasil, a forma de prestação desse serviço público sofreu intensas mudanças. Assim, o presente trabalho pretende analisar e demonstrar a complexidade desse tema, a partir da legislação mencionada, ofertando, concludentemente, uma exposição da perspectiva atual e dos desafios futuros. O serviço público de saneamento básico pode ser prestado centralizada ou descentralizadamente. Neste último caso, por meio de delegações ou por meio de outorga. Também, podem ser criados blocos regionais para racionalizar a prestação em termos de escopo ou em termos econômicos. Por meio do método analítico e expositivo, conclui-se que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico terá um papel central na execução de tais serviços públicos.

Palavras-chave: serviço público de saneamento; concessões; blocos regionais.

Abstract: With the enactment of Law n. 14.026/2020 (Brazil, 2020a), which introduced a new legal framework for basic sanitation in Brazil, the method of providing this public service has undergone significant changes. This paper aims to analyze and demonstrate the complexity of this topic based on the mentioned legislation, ultimately offering a presentation of the current perspective and future challenges. The public basic sanitation service can be provided in a centralized or decentralized manner. In the latter case, through delegations or concessions. Additionally, regional blocks can be created to rationalize the provision in terms of scope or economic terms. Through the analytical and expository method, it is concluded that the National Water and Basic Sanitation Agency will play a central role in the execution of such public services.

Keywords: Public sanitation service; concessions; regional blocks.

INTRODUÇÃO

Recentemente, a disciplina jurídica do saneamento básico no Brasil foi alterada. A atualização do marco legal do setor se deu pela edição da Lei nº 14.026/2020 (Brasil, 2020a), alterando, basicamente: (a) A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 (Brasil, 2000), para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) a competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico; (b) A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (Brasil, 2005) (*Lei dos Consórcios Públicos*), para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de saneamento, os quais deverão ser licitados e delegados na forma do art. 175 da Constituição Federal; e, claro (c) A Lei nº 11.445 (Brasil, 2007), de 5 de janeiro de 2007 (*Lei Nacional do Saneamento Básico*), com vistas a aprimorar as condições estruturais do setor.

Nesse texto, tratar-se-á da disciplina jurídica prevista pelas alterações no *marco legal do saneamento básico* no que se refere, especificamente, ao modo de prestação deste serviço público. Em outros termos, abordar-se-á analítica e criticamente como a Lei nº 14.026/2020 enfrentou o tema, determinando os mecanismos possíveis de prestação das atividades que compõe o saneamento, a saber: esgotamento sanitário, dispensação de água tratada, limpeza urbana e drenagem de águas (Lahoz, 2016, p. 87).

Para tanto, por meio do método analítico e expositivo demonstrar-se-á as modificações operadas pela mencionada legislação, a complexidade em se conjugar essas várias formas e prestação, os modelos legalmente admitidos e o papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) nesta conjuntura. Para tanto, ao final, espera-se deixar clara essa conjuntura, bem como trazer ao leitor soluções jurídicas para a eficiência regulatória, notadamente quanto às normas de referência da referida agência reguladora.

1 MODOS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A rigor, cada serviço público possui uma série de complexidades que determinam modos e formas de se prestá-lo (Heinen, 2020, p. 1218-1227). De modo genérico, pode-se dizer que o serviço público pode ser prestado centralizada ou descentralizadamente. Nesse cenário, o poder público pode-se exercer suas atividades de maneira centralizada, ou seja, os entes que compõem a federação brasileira exercem poder de polícia ou prestam serviços públicos (exemplo: saúde, educação e segurança), sendo estabelecida no que se conhecia como Administração Pública direta, composta por entes políticos ou entes federados (união, estados, distrito federal e municípios).

Porém, a administração percebeu que não estava dando conta de tudo, optando por criar ou transferir a outras pessoas jurídicas tais atividades. Estabelece-se, assim, a descentralização, por meio de dois modelos: outorga e delegação (ou colaboração).

(a) Por outorga (Art. 37, inciso XIX, da CF): cria-se ou se autoriza por lei específica um ente público/pessoa jurídica que irá compor a administração indireta, a qual será dotada de certa autonomia. Destaca-se que, a ela, será transferida a titularidade do serviço público (Brasil, 1988)¹;

(b) Por delegação ou por colaboração (Art. 175, da CF): faz-se uma licitação e um contrato de concessão, ou permissão, ou autorização do serviço público, momento em que se transfere a execução do serviço público a um particular (Brasil, 1988).

O saneamento básico pode ser prestado a partir da mesma estrutura jurídica, mas com algumas especificidades. E se transporta o dito, aplicando-se à realidade normativa vigente:

(a) Centralizadamente: o serviço público poderá ser prestado diretamente pelo Município e Distrito Federal diante de interesse local (Brasil, 2007).

(b) Descentralizadamente: outrem que não os entes federados titulares prestam tal serviço público.

(b1) Por outorga: o serviço público de saneamento será prestado por entidade que integrará a Administração Pública indireta:

(b1.1) Com interesse local: município ou Distrito Federal cria uma entidade da Administração indireta e presta as atividades que compõem o saneamento básico. Exemplo: cria-se uma autarquia ou empresa estatal para esse fim;

(b1.2) Com interesse supramunicipal ou comum a mais de uma entidade local, desde que se tenham atributos operacionais que permitem a integração municipal do serviço de saneamento básico. Neste caso, a prestação pode ocorrer por:

(b1.2.1) Unidades regionais de saneamento básico: aqui, a titularidade do serviço público de saneamento será do Estado em conjunto com os Municípios, nos termos do art. 8º, inciso II, do atual marco legal e nacional do saneamento básico. Fixa-se uma gestão compartilhada. Para tanto, alguns requisitos deverão ser implementados:

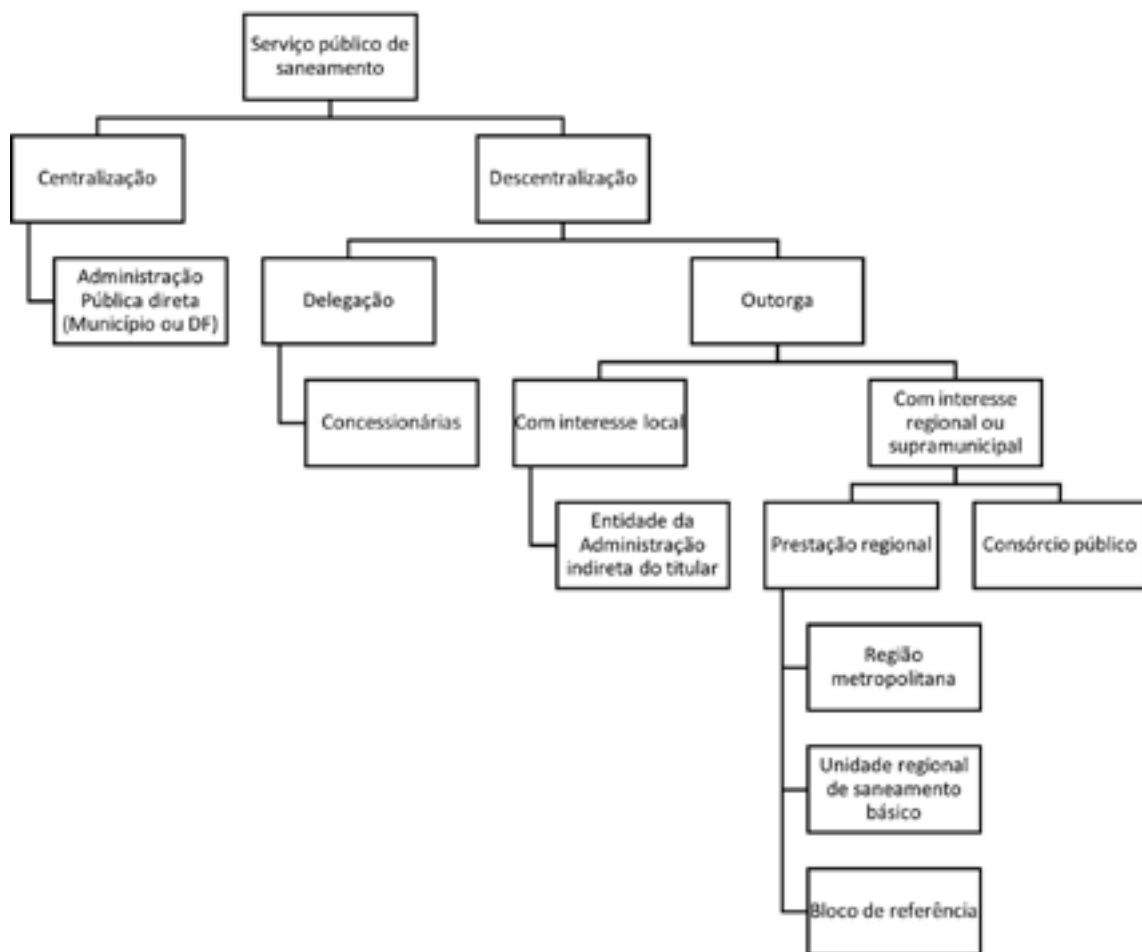
(b1.2.2) Associação derivada de consórcio público: há o compartilhamento da titularidade se dá voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando consórcios públicos, consoante o art. 8º, §1º da Lei nº 11.445/2007 (com redação dada pela Lei nº 14.026/2020) e o art. 241 da CF/88 (Brasil, 1988, 2007, 2020a). Fixa-se aqui, uma gestão associada da prestação do serviço, que poderá se dar entre municípios, ou entre este ou estes e o Estado.

(b2) Por delegação ou por colaboração: a execução do serviço público de saneamento será feita pela iniciativa privada, mediante prévia licitação e assinatura de contrato de concessão.

Para sistematizar:

Figura 1 – Diagrama das formas de prestação do serviço de saneamento básico.

¹ A administração pública direta pode criar entes da administração pública indireta, por meio de outorga. A relação jurídica entre a administração pública direta e a administração pública indireta é estabelecida a partir de um controle finalístico, ou controle técnico, ou controle ministerial, ou vínculo de tutela (são expressões sinônimas).



Fonte: autor.

Cabe referir, no tema, que o inciso II do art. 8º limita a atuação dos consórcios intermunicipais de saneamento básico apenas para o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais. E é expresso em proibir a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

Em outros termos, o dispositivo em questão se preocupou que, com a criação do consórcio, pudessem-se fazer contratos de programa com empresas estatais sem licitação, ou seja, em desrespeito ao art. 175 da CF/88 (Brasil, 1988). Isso subverteria a teleologia do novo marco legal do saneamento que justamente pretende empregar cada vez mais o modelo de descentralização por delegação. Tanto que é considerado princípio fundamental da delegação dos serviços públicos de saneamento a seleção competitiva do prestador dos serviços – art. 2º, inciso XV, da Lei nº 11.445/2007 (Souto, 2004, p. 27). Ou o serviço público em questão poderia ser prestado de por “blocos regionais”, tema a ser enfrentado no tópico seguinte.

2 PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DO SANEAMENTO BÁSICO

A prestação do serviço público de saneamento básico poderá ser feita por regiões, ou seja, de modo integrado com um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região (Marcato; Stinghini, 2009, p. 41-64). Para tanto, a prestação deve abranger território abranja mais de um Município, quando se tiver diante de interesses comuns, sejam eles técnicos, econômicos etc. (Brasil, 2007)².

Exemplifica-se. Imagine que uma região metropolitana, com alta densidade demográfica, seja composta pelos Municípios “A”, “B”, “C” e “D”. Economicamente se mostra racional construir canalizações, estações de tratamento, dispensação de água pelos mesmos dutos nas áreas limítrofes, ao invés de cada um dos entes federados construir a sua. Tecnicamente, o raciocínio é o mesmo: é importante que interconexões dos sistemas de esgotamento sanitário, drenagem de águas etc. sejam compatíveis. De outro lado, há questões que merecem ser pensadas em conjunto, como a drenagem de águas e o controle das enchentes, por exemplo. É um tema que não pode ser visualizado só pelo Município “A”, porque possui causa e/ou efeito nos demais entes locais.

Logo, em situações tais, será de extrema importância a criação de unidades que prestem o serviço público de modo uniforme. A Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007), no art. 3º, inciso VI, mencionado, fez uma interpretação autêntica de como a prestação regionalizada pode ser feita. Ela menciona três possibilidades, a qual se interpreta como sendo uma disposição taxativa, ou seja, não se poderiam criar outras formas de prestação regionalizada que não aquelas dispostas em lei. Referencia-se, aqui, o que dispõe a regra mencionada³.

Como se disse, a prestação regionalizada⁴ pode ser feita por:

2 Aliás, a Lei nº 14.026/2020, em inúmeros dispositivos a seguir analisados, incentivou a criação destes “blocos”, por conta de que se perfaz uma racionalização da prestação destas atividades. Exemplo: “Art. 13. Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas: I - adesão pelo titular a mecanismo de prestação regionalizada; II - estruturação da governança de gestão da prestação regionalizada; III - elaboração ou atualização dos planos regionais de saneamento básico, os quais devem levar em consideração os ambientes urbano e rural; IV - modelagem da prestação dos serviços em cada bloco, urbano e rural, com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA); V - alteração dos contratos de programa vigentes, com vistas à transição para o novo modelo de prestação; VI - licitação para concessão dos serviços ou para alienação do controle acionário da estatal prestadora, com a substituição de todos os contratos vigentes” (Brasil, 2020),.

3 Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007), art. 3º, inciso VI: “prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole) (Brasil, 2015); b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares”.

4 A prestação regionalizada é tema por deveras relevante, a tal ponto de acreditar que esse será o método para a geração de ganhos de escala e para a garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços – art. 2º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007).

(a) Região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: cabe aos Estados instituí-las mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal. Segue a mesma lógica da prestação regionalizada de outros serviços públicos, como o transporte intermunicipal de curta distância. Será composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (*Estatuto da Metrópole*) (Brasil, 2015);

(b) Unidade Regional de Saneamento Básico: lei ordinária editada pelos Estados por constituir esta unidade, que agrupará Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos. Em realidade, por meio dessas unidades se promove uma política pública compensatória, a fim de que as unidades locais menos atrativas sejam compulsoriamente objeto de contratualização pelos prestadores, que, a rigor, estariam interessados somente nos municípios mais atrativos. Há de se instituir uma estrutura de governança que seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (*Estatuto da Metrópole*) (Brasil, 2015)⁵.

(c) Bloco de Referência: a União pode criar tais blocos com agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, nos termos do § 3º do art. 52 Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007). Esse dispositivo pouco fala de como o bloco será formalizado ou criado. Apenas afirma que será feito de “forma subsidiária aos Estados”, caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de um ano da publicação da Lei nº 14.026/2020 (Brasil, 1988). Pensa-se que, na ausência de uma maior deliberação normativa, a criação formal seguirá em muito o *Estatuto da Metrópole* – Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. A gestão será associada e adesão será voluntária.

Para sistematizar o tema, confira a tabela abaixo:

Quadro 1 – Tabela das formas de regionalização do saneamento básico.

	Região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião	Unidade regional de saneamento básico	Bloco de referência
Quem institui	Estado	Estado	União
Tipo de lei	Lei Complementar	Lei Ordinária	Omissão
Municípios limítrofes	Necessariamente	Não necessariamente	Não necessariamente

Fonte: Autor.

Ademais, independentemente da forma de prestação regionalizada, ou seja, que atenda mais de um município ou região, ou que prestem serviços públicos de saneamento básico diferentes em um mesmo Município ou região devem “[...] manter sistema contábil que permita registrar e demonstrar, separadamente, os custos e as receitas de cada serviço em cada um dos Municípios ou regiões atendidas e, se for o caso, no Distrito Federal” (Brasil, 2007). Isso permite que se tenha: transparência fiscal e orçamentária e que se possam compensar tarifas de diferentes titulares. Ou mesmo, se é possível, autoriza organizar com clareza e transparência os subsídios cruzados (exemplo: a tarifa do tratamento e dispensação de água potável custearia o esgotamento sanitário que, hipoteticamente, seria deficitário). Além disso, deixar-se-ia mais bem especificadas as balizas para o futuro reequilíbrio econômico-financeiro (Motta, 2014).

⁵ Cf. art. 8º, § 3º, da Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007).

Quanto à adesão (in)voluntária à prestação regionalizada, pode-se dizer que esse é um dos pontos mais debatidos no tema do saneamento básico. E, na nossa compreensão, está delineado de modo inconsistente na Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020. Para sistematizar a exposição, abordar-se-á o assunto a partir da comparação do que dispõe várias regras inseridas pelo novo marco legal, coligando com as três formas de prestação regionalizada.

Primeiramente, cabe referir que a prestação regionalizada existia antes da vigência da Lei nº 14.026/2020, que instituiu um novo marco legal no saneamento básico no Brasil. Sob a égide da legislação anterior, o STF, na ADI nº 1.842-RJ (Brasil, 2020b)⁶, declarou que a adesão dos municípios atingidos pela estrutura interfederativa era obrigatória. Não havia, aqui, um juízo de oportunidade e conveniência, porque, criada a referida unidade, automaticamente a titularidade da prestação do serviço público de saneamento deixava de pertencer aos municípios e migrava à estrutura criada (Vasques, 2010, p. 319-340).

Ao que parece, essa não foi a opção do legislador, apesar de uma inconsistência. Viu-se que o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007) dispõe que a prestação regionalizada pode ser feita de três modos: (a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; (b) unidade regional de saneamento básico; (c) bloco de referência. O § 4º do mesmo art. 3º dizia que ficava “[...] facultado aos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas de que trata o inciso VI do “caput” deste artigo.”. Contudo, esse dispositivo foi vetado. Então, caso se fique só nessa regra, a única voluntariedade existente quanto à adesão estaria resumida na Região Integrada de Desenvolvimento (Ride), conforme dispõe o § 5º (não vetado). Aqui, a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico estará condicionada à anuência dos Municípios que a integram. E os motivos do veto são claros: “A propositura legislativa, ao estabelecer por intermédio de emenda parlamentar, a facultatividade dos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas, viola o § 3º do art. 25 da Constituição da República, ante a compulsoriedade da participação dos Municípios em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas” (Brasil, 2013).

Conforme se percebe, a intenção do veto era justamente determinar a compulsoriedade da adesão, tendo por base dois fundamentos: (1) o art. 25, § 3º, da CF/88; e o (2) disposto na mencionada ADI nº 1.842-RJ, STF. Contudo, ao que nos parece, se essa era a intenção do Presidente da República, ele “esqueceu” de vetar o art. 8º-A: “É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada”. Logo, o dispositivo, vigente, é claro, ressuscita a facultatividade.

Em outras palavras, a regra citada determina que a titularidade dos serviços públicos de saneamento de interesse local, ou seja, os Municípios e o Distrito Federal (*cf.* inciso I do art. 8º), possam aderir voluntariamente às “formas de prestação regionalizada”. Essas maneiras de prestar o serviço regionalizadamente estão interpretadas no art. 3º, inciso VI, já citado. Sem contar que a

6 STF, ADI nº 1.842-RJ, rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 6/3/2013.

parte final da alínea “c)” do inciso VI do art. 8º da Lei nº 11.445/2007 deixa claro que, quando ao “bloco de referência”, a gestão associada será voluntária por parte dos titulares.

Em outros termos, apesar do veto ao § 4º do art. 3º da Lei nº 11.445/2007, o que vale é a norma vigente, ou seja, o art. 8º-A. Logo, entende-se que a adesão dos Municípios e o Distrito Federal é facultativa. Tal dispositivo legal dispõe que a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada será voluntária. Em outros termos, pelo texto da regra, uma vez criada a unidade regional, os Municípios por ela abrangidos não são atingidos automaticamente pelas suas decisões, ou são obrigados a nela integrar.

3 PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO POR DELEGAÇÃO

A Lei nº 14.026/2020, que estabeleceu um novo marco no saneamento básico no Brasil, teve uma meta basilar: estimular a competitividade na prestação de tal serviço público, o que pressupunha a disputa por entidades privadas, oriundas da livre iniciativa. Essa, historicamente, não era a lógica do setor, que se pautava na prestação direta pelos titulares – de modo centralizado –, e, quase que na totalidade dos casos, pela prestação por empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pelos Estados federados. Neste último caso, eram feitos ajustes de todo o tipo: contratos de programa, convênios de cooperação ou mesmo sequer havia qualquer título que delegasse a execução de tais atividades as estas pessoas jurídicas.

Em outros termos, pretende-se que o setor de saneamento seja pautado pela prestação via concessão de serviço público, na forma do art. 175 da CF/88, seguindo a lógica dos demais serviços públicos, como a telefonia, energia elétrica, gás, transporte etc. Então, uma série de artigos determinaram que assim se procedesse, como por exemplo, o art. 10 da Lei nº 11.445/2007, que justamente assim disciplina o tema.

A prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá, então, ser operado por entidade que integre a Administração Pública do titular do serviço, o que se daria de modo centralizado ou por outorga. De outro lado, fora dessas situações, a prestação depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da CF/88. O mesmo dispositivo citado, na sua parte final, veda expressamente que o saneamento possa continuar a ser executado mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. Tanto que essas previsões constantes na *Lei de Consórcios Públicos* (Lei nº 11.107/2005) passam a ser proibidas.

3.1 CONTRATOS OU INSTRUMENTOS JURÍDICOS VIGENTES

A certeza estabelecida se deu em relação aos contratos futuros. Mas a dúvida que ficou é: e os contratos de programa ou congêneres atualmente vigentes e que ainda possuem prazo de fluência?

A resposta parece ser vista a partir do caso concreto. Em outros termos, caso se tenha um contrato de programa (ou congêneres) que seja regular, ou seja, feito sob a legalidade até então vigente, tal pacto deve ser respeitado em homenagem à segurança jurídica e ao respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88). E essa compreensão foi acolhida pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007: “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual” (Brasil, 2007)⁷.

Contudo, caso o contrato não seja regular, ou seja, o instrumento que autorize uma pessoa jurídica a prestar o serviço público de saneamento seja precário ou, na pior das hipóteses, sequer exista um negócio jurídico, não há que se falar em continuidade da prestação. Então, o titular do serviço pode, de plano, perfazer a licitação para delegação da prestação das atividades, na forma do mencionado art. 175 da CF/88; E o contrato a ser feito deve incorporar, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (*Lei geral de concessões e permissões de serviço público*) (Brasil, 1995), além das disposições do marco legal do saneamento e das regulações infralegais incidentes.

3.2 NECESSÁRIAS ADAPTAÇÕES NOS CONTRATOS EM VIGOR

(1) Foi destacado no item precedente que os contratos em vigor deverão ser respeitados. Mas isso não impede que sejam revistos a incorporar uma série de metas, disposições e deveres impostos a todos aqueles que, independentemente do instrumento ou da forma, venham a executar os serviços de saneamento básico. Assim, desde já se pode concluir que todos os contratos ou negócios jurídicos que possam ser preservados devam ser reavaliados para vislumbrar se já possuem ou não previsão das determinações legais ou regulamentares. Caso não as possuam, devem ser objeto de necessário aditivo para incluir:

(a) Comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007 – art. 10-B⁸;

(b) Definição de como serão implementadas metas de universalização que garantam (art. 11-B)⁹:

(b1) o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável; e

(b2) o atendimento de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033;

⁷ Tal dispositivo é referendado pelo art. 17 da Lei nº 14.026/2007 (Brasil, 2007): “Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.”

⁸ E isso deve ser precedido de estudo que comprove essa capacidade – art. 11, inciso II, da Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007).

⁹ A universalização é um princípio fundamental, conforme art. 2º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007 (Brasil, 2007).

(b3) metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

(Tanto que os contratos em vigor devem prever essas metas de que trata até 31 de março de 2022, ou seja, o § 1º do art. 11-B determina que se faça o aditivo)¹⁰.

Só para se ter uma ideia da importância do tema, o § 8º do art. 11 considera irregulares e precários os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos na Lei nº 11.445/2007. Então, há o dever de as partes renegociarem os contratos de saneamento fixados.

(2) Ainda, chama a atenção que a Lei nº 14.026/2020 permitiu adaptações nos prazos dos contratos, especificamente para racionalizar esse período de transição do modelo de contratos de programa, para o modelo de concessões de serviço público. Em para isso, a União poderá apoiar técnica financeiramente, conforme dispuser decreto específico – *cf.* art. 13 da referida legislação.

No caso de existirem contratos com prazos distintos, e eles devam ser substituídos, seu prazo final poderá ser reduzido ou prorrogado, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo (§ 1º do art. 13 da Lei nº 14.026/2020). Isso permite que se garantam licitações globais, ou seja, tendo por objeto uma série de atividades que poderiam finalizar com prazos diferentes.

A dúvida que remanesce é: essa redução ou prorrogação deve ser bilateral ou unilateral? Enfim, poderia ela ser imposta ao atual prestador de serviços? Entende-se que ela deveria ser imposta, de acordo com o teor dos incisos do referido § 1º do art. 13, da Lei nº 14.026/2020. Ainda, o referido § 1º do art. 13 pontua algumas regras (Brasil, 2020a):

(a) Na hipótese de redução do prazo, o prestador será indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e

(b) Na hipótese de prorrogação do prazo, proceder-se-á, caso necessário, à revisão extraordinária, na forma do inciso II do “caput” do art. 38 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, dado que se verifica a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, e que altera o seu equilíbrio econômico-financeiro.

3.3 SUBDELEGAÇÕES, OU SUBCONTRATAÇÕES, OU TRANSFERÊNCIAS

O serviço público de saneamento básico é complexo e reclama muitos investimentos (Kilpatrick; Parker; Zhang, 2006). Esse investimento é amortizado e remunerado por meio da operação

10 A Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, no § 9º do art. 11-B permite a dilação do prazo para cumprir as metas nos seguintes termos: “Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no *caput* deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária”(Brasil, 2020a).

da própria infraestrutura, ou seja, aquele que investe na operação pretende, por um determinado período de tempo, ser remunerado pelo capital empregado (Martínez, 2004, p. 7-10). Mirando nesta conjuntura, o art. 11-A da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, permitiu que o contratado, ao sagrar-se vencedor de uma licitação para concessão deste serviço público, possa:

(a) Realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004;

(b) Subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato¹¹, desde que:

(b1) haja previsão contratual ou

(b2) autorização expressa do titular dos serviços;

(b3) exista comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício da subdelegação em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico (art. 11-A, § 1º);

(b3) seja precedido de procedimento licitatório.

Caso se opte pela subdelegação, o contrato a ser firmado com o terceiro pelo prestador original do serviço deverá estabelecer os limites da sub-rogação de direitos e obrigações, e devem ser pautados, naquilo que couber, pela mesma disciplina jurídica imposta ao contrato de concessão original. Veja, se a agência reguladora do setor deve validar ou fiscalizar ou aprovar os contratos de concessão, com toda razão deverá assim o fazer em relação aos contratos de subdelegação¹².

Além disso, o § 3º do art. 11-A vedou subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, com fundamento do princípio da modicidade tarifária. Em verdade, as premissas originais que pautam o equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser alteradas pelos subcontratos firmados. A transferência dos contratos de prestação de serviço de um prestador para outro será condicionada à autorização dos titulares dos serviços, e, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Brasil, 2007).

Normalmente os investimentos na área de saneamento resumem-se em “custos irrecuperáveis” ou “custos afundados” (Teixeira; Heller, 2001, p. 138-146). Em economia, custos irrecuperáveis, também chamados de “custos afundados” ou “incorridos” (*sunk costs*, em inglês). Significa dizer

11 O termo “valor do contrato” é interpretado pelos §§ 6º e 7º do art. 11-A da Lei nº 11.445/2007: “art. 11-A (...) § 6º Para fins de aferição do limite previsto no “caput” deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. § 7º Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço” (Brasil, 2007).

12 No tema: “Art. 43 [...] § 1º A União definirá parâmetros mínimos de potabilidade da água.

§ 2º A entidade reguladora estabelecerá limites máximos de perda na distribuição de água tratada, que poderão ser reduzidos gradualmente, conforme se verificarem avanços tecnológicos e maiores investimentos em medidas para diminuição desse desperdício» (Brasil, 2007).

que a prestação do serviço de saneamento se faz por estruturas que não tem ou são de difícil revenda no mercado. Por isso que a sua mensuração econômica é bastante complexa. Além disso, são investimentos muito substanciais, e por isso fica facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento (art. 42, § 5º). Para tanto, é adequado que se exijam garantias para a operação (Travassos, 2015).

3.4 OUTORGAS DE CAPTAÇÃO DE ÁGUA DEFERIDAS ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.445/2007

O saneamento básico pode ser desdobrado em quatro atividades essenciais, uma delas consistente na captação e dispensação de água tratada. Antes de tudo, cabe notar que a água é um bem comum, pertencente à coletividade. Logo, a titularidade dos mananciais de água pertence aos entes federados (v.g. art. 20, inciso III; art. 26, inciso I, etc., todos da CF/88). Contudo, o acesso aos mananciais água por quem quer que seja tem toda uma regulamentação, a fim de evitar a escassez, garantir o igualitário e racional aproveitamento etc. – premissas essencialmente dispostas no *Código de Águas* (Brasil, 1934) e na *Lei Nacional de Recursos Hídricos* (Brasil, 1997).

Para tanto, o acesso à captação de águas pode depender de outorga. Nesses casos, o § 2º do art. 10 da Lei nº 11.445/2007 dispôs que as empresas estaduais detentoras destes direitos poderão ter suas outorgas segregadas, quando isso for possível. Caso não o seja, o Poder Público pode permitir que a empresa estatal transfira o direito à pessoa jurídica que ganhou a disputa pela concessão do serviço. Assim, garante-se a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos, a qual deverá firmar contrato de longo prazo com a atual concessionária, que poderá ter de assumir os riscos da prestação (Garcia, 2014, p. 270).

No caso, será estabelecido dois contratos:

- (a) Um contrato de concessão entre o titular do serviço público de saneamento e o vencedor do certame;
- (b) Outro contrato entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

Toda essa complexa situação merece uma disciplina regulatória clara, reclamando da ANA e das demais agências reguladoras eficiência neste aspecto (Sundfeld, 2014, p. 249). A concorrência no setor de saneamento possui várias dificuldades. Fala-se, aqui, em se estabelecer um mercado competitivo, assim como se percebe em setores como a energia elétrica, gás etc. Em alguns países, como a Inglaterra, até se percebe a possibilidade de se estabelecer mercados competitivos de compra e venda ou de trocas comerciais no uso e distribuição de água tratada. Exemplo: empresas maiores compram o excedente de água tratada produzido por empresas menores (Decker, 2014). Essa situação tornar-se-ia mais factível em relação às outorgas de captação, que poderiam, com a anuência do Poder Público, serem transacionadas – mas daí estamos diante de caso a ser enfren-

tado pelo direito minerário. Claro que a água em si, por ser um bem vital, não poderia ser objeto comercialização, mas sim os direitos sobre esse bem.

4 DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

A evolução da prestação do saneamento básico no Brasil passou uma série de etapas. Nos anos setenta do Século XX, destacou-se a seguinte perspectiva: o Governo federal da época incentivou que os titulares do serviço transferissem a execução das atividades coligadas ao saneamento básico às pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública estadual. Então, criaram-se uma série de empresas públicas ou sociedades de economia mista, por uma série de instrumento – ou mesmo sem instrumento algum – passaram por décadas a prestar esses serviços à coletividade.

O marco legal do setor, vigente a partir da Lei nº 14.026/2020, empreendeu esforços para que o modelo de outorga fosse substituído pelo modelo de delegação do serviço, por meio de concessão. Para tanto, é razoável que não faça mais sentido que sejam mantidas as empresas estatais de saneamento pertencentes aos Estados federados. Por isso, o art. 14 da referida legislação inaugurou uma série de regras para que se possa efetivas a desestatização das referidas pessoas jurídicas.

No “caput” do referido art. 14 menciona-se que é possível a alienação do controle societário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico – ou o Estado federado aliena o controle total da empresa, ou seja, cem por cento das ações, ou fica como acionista minoritário. Se uma destas opções for tomada pela entidade pública controladora, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o *Programa Estadual de Desestatização* – que deve existir à época da prática de tais alienações.

Na hipótese de se operar a transferência do controle da empresa pública ou da sociedade de economia mista, o adquirente pode optar por uma das seguintes situações:

(a) Caso o controlador não externe necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, salvo a necessidade de se cumprir as metas e prazos de universalização¹³, não se precisa da anuência do titular do serviço (Brasil, 2020a);

(b) Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alterações no contrato antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos titulares do serviço e as empresas estatais, os quais devem deliberar em conjunto a respeito no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta. Após este interregno de tempo sem manifestação das partes, ou seja, no seu silêncio, reputa-se que as partes anuíram com a proposta (Brasil, 2020a).

13 Cf. § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Em outras palavras, o art. 14 facilitou o transpasse do controle acionário das empresas estatais, bem como conferiu segurança jurídica no caso de se modificar os ajustes, sinalizando uma convergência com o art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007¹⁴. Para sistematizar o tema, confira a estrutura a seguir disposta:

Quadro 2 – Tabela sobre a estrutura do art. 14 da Lei nº 11.445/2007.

Não há necessidade de alterar o contrato	Dispensa anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa
Há necessidade de alterar o contrato	A proposta deve ser apreciada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista
Observação: em nenhum dos casos se elimina os aditivos para incluir as disposições que garantam as metas de universalização.	

Fonte: Autor.

De qualquer sorte, conforme dispõe o § 3º do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, combinado com o art. 17 da Lei nº 14.026/2020, houve expressa determinação de que se respeitassem os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Eles permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

De outro lado, a fim de dar segurança jurídica ao mercado, mesmo que se perfaça uma desestatização ou a alienação do controle societário por parte das empresas estatais, eventuais contratos de parcerias público-privadas ou de subdelegações que tenham sido firmados por meio de processos licitatórios deverão ser mantidos pelo novo controlador – art. 18 da Lei nº 14.026/2020. Isso evita que o adquirente da sociedade de economia mista ou da empresa pública possa declarar a resolução de tais ajustes. Então, eventual interessado em adquirir as companhias estaduais de saneamento deve se ater a esta vedação legal. Aquele que adquirir a empresa estatal acaba por automaticamente a figurar no polo ativo do negócio por sucessão contratual direta.

CONCLUSÃO

A Lei nº 14.026/2020 adotou um modelo muito parecido com o francês, mantendo a titularidade do serviço no Poder Público (art. 8º da Lei nº 11.445/2007). E os privados poderão operar esse serviço por meio de delegações precedidas de licitação, e com base em um regulador econômico independente que supervisiona os operadores privados e pode aplicar várias formas de prestação ou concorrência para incentivar melhorias de desempenho. Esse regulador é duplo: um setorial, a cargo da Agência Nacional de Águas e Saneamento, e outro a cargo de organismos regionais ou locais.

A concorrência horizontal do setor é limitada por amplas razões econômicas e sociais. Eficiência alocativa: foca na distribuição de recursos de modo eficiente, tornando equilibrada a relação entre os concorrentes e o acesso aos recursos. O que se tenta conseguir, por meio da regulação, é

¹⁴ Lei nº 11.445/2007, art. 10, § 3º “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual” (Brasil, 2007).

uma eficiência produtiva, a qual é ligada mais aos custos de produção. Há uma vinculação quanto ao dispêndio para produzir determinado bem ou prestar o serviço.

Assim, a regulação deste determinado setor deve dar maior relevância na avaliação das premissas relativas à concorrência. Tal regulação pressuporá a normatização e fiscalização de como o serviço será prestado, mas também poderá impor a forma com que ele será executado, seja localmente, seja regionalmente. De modo que o impacto regulatório pressuporá que se estabeleçam escolhas que, no mais das vezes não podem ser ponderadas a partir de pressupostos econômicos, dado que o tratamento de água ou o recolhimento de esgoto não são bens economicamente mensuráveis no sentido estrito do termo, ou seja, seguindo a lógica da “oferta e da procura”. A natureza ou os valores sociais incidentes não são precificáveis. Então, para dar cabo de se conseguir legitimar a escolha regulatória, pode-se valer do princípio da precaução ou da prevenção. Esses paradigmas serão estruturantes no setor de saneamento.

Veja que importará em muito elevar a qualidade da regulação por meio de parâmetros justificadores e programáticos. Em outras palavras, a opção tomada deve ser fundamentada e preocupada com suas consequências no setor. É claro que se terá aqui a natural é insuperável incompletude de informações e uma notável gama de externalidades. Basta ver os múltiplos fatores geográficos e meteorológicos que afetam a prestação do serviço público de saneamento¹⁵. De modo que uma análise de impacto regulatório sempre será uma tentativa de se conseguir ao máximo uma correta análise da conjuntura atual e da previsão acerca do que pode acontecer. Mas veja, sempre será uma tentativa. Por isso que uma série de métodos surgiram e podem ser aqui aplicados (Sustein, 2001, p. 252-257).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o código de águas. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2024.643%2C%20DE%2010%20DE%20JULHO%20DE%201934.&text=Decreta%20o%20C%C3%B3digo%20de%20%C3%81guas.&text=%C3%81GUAS%20P%C3%9ABLICAS-,Art.,de%20uso%20comum%20ou%20dominicais. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 1.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Dispo-

15 A dispensação de água no Nordeste do Brasil é muito diferente da região Sul. A drenagem de águas em zonas urbanas reclama estruturas de engenharia completamente diversas da zona rural. E assim por diante.

nível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Institui o estatuto da metrópole, altera a lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.089%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%202015.&text=Institui%20o%20Estatuto%20da%20Metr%C3%B3pole,2001%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Ancias. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020.** Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a lei n. 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de especialista em recursos hídricos [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da constituição federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.987%2C%20DE%2013%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Ancias. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997.** Institui a política nacional de recursos hídricos, cria o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da constituição federal, e altera o art. 1. da lei n. 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a lei n. 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da agência nacional de águas - ANA, entidade federal de implementação da política nacional de recursos hídricos e de coordenação do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.842-RJ.** Ação direta de inconstitucionalidade. instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. ação direta de inconstitucionalidade contra lei complementar n. 87/1997, lei n. 2.869/1997 e decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a região metropolitana do Rio de Janeiro e a microrregião dos lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 nov. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754566805>. Acesso em: 22 dez. 2023.

DECKER, Christopher. **Modern economic regulation**: an introduction to theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. Direito das contratações públicas: crítica e novas perspectivas. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p. 256-272, 2014. Edição especial. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzIzNw%2C%2C>. Acesso em: 22 dez. 2023.

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

KILPATRICK, Colin; PARKER, David; ZHANG, Yin-Fang. Foreign direct investment in infrastructure in developing countries does regulation make a difference?. **Centre on Regulation and Competition**, Manchester, v. 15, n. 1, abr. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/23512232_Foreign_Direct_Investment_in_Infrastructure_in_Developing_Countries_Does_Regulation_Make_a_Difference. Acesso em: 22 dez. 2023.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2016.

MARCATO, Fernando Scharlack; STINGHINI, Adriano Cândido. A gestão compartilhada dos serviços de saneamento básico: uma proposta para a solução da polêmica da titularidade em regiões metropolitanas. *In*: OLIVEIRA, Gesner; SCAZUTCA, Pedro. **Economia do saneamento no Brasil**. São Paulo: Singular, 2009. p. 41-64.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. **Estudios de derecho público**. Montevideo: Mastergraf SRL, 2004. v. 1.

MOTTA, Ronaldo Seroa. **Questões regulatória no setor de saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2014. (nota técnica).

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias entre o estado e particulares: conquistas e desafios. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, edição especial, p. 246-255, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzIzNg%2C%2C>. Acesso em: 22 dez. 2023.

SUSTEIN, Cass R. Cognition and cost-benefit analysis. *In*: ADLER, Mathiew D.; POSNER, Eriic A. **Cost-benefit analysis. legal, economic and phillsophical perspectives**. Chicago: Chicago University Press, 2001. p. 252-257.

TEIXEIRA, Júlio César; HELLER, Leo. Modelo de priorização de investimentos em saneamento com ênfase em indicadores de saúde: desenvolvimento e aplicação em uma companhia estadual. **Engenharia Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 138-146, jul./dez. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-41522008000200007>

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana**: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

VASQUES, Denise. A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico em debate no supremo tribunal federal. *In*: MOTA, Carolina. **Saneamento básico no Brasil**: aspectos jurídicos da lei federal n. 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Recebido em: 26/07/2020

Aceito em: 06/06/2024

CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA OCUPAÇÃO DE INDÍGENAS KAINGANG EM LONDRINA

URBAN LAND CONFLICTS: AN EMPIRICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE OCCUPATION OF THE KAINGANG INDIANS IN LONDRINA

Andrea Bezerra de Melo Girão Mota*

Rafael Diogo Diógenes Lemos**

Mônica Mota Tassigny***

*Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestra em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Especialista em Assessoria de Comunicação pela Universidade de Fortaleza e MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas. Bolsista Proex/Capes. Advogada e Jornalista. E-mail: andreabezerramelo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1228-5184>

**Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Procurador do Município de Londrina. E-mail: rafael.diogo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2465-997X>

*** Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorado sanduíche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (Paris) e e Pós-Doutorado pela Faculté de Droit et Sciences Politiques / Aix-Marseille Université (France) no Instituto Louis Favoreau - GERJC (UMR-DICE 7318) (2020/2021). Professora titular do do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). E-mail: monica.tass@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>

Resumo: Neste trabalho, serão estudadas as raízes e os contornos jurídicos dos conflitos fundiários urbanos no Brasil e os métodos utilizados para sua solução. Busca-se averiguar se o ordenamento jurídico brasileiro tem instrumentos efetivos para a solução destes conflitos e se o Poder Judiciário está apto para aplicá-los, de forma a solucionar estes conflitos. Para isso, serão analisados, como exemplos de atuação do Poder Judiciário, dois processos judiciais que têm como questão subjacente ocupação de indígenas da tribo *Kaingang* no Município de Londrina, no Estado do Paraná, em que serão apreciados os instrumentos processuais e extraprocessuais tomados para a solução deste conflito fundiário. A pesquisa é bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa. Quanto aos objetivos, é explicativa, de natureza teórica.

Palavras-chave: conflitos fundiários urbanos; processos estruturais; ocupação indígena.

Abstract: In this paper, the roots and legal contours of urban land conflicts in Brazil and the methods used for their solution will be studied. It seeks to determine whether the Brazilian legal system has effective instruments for resolving these conflicts and whether the Judiciary is capable of applying them in order to resolve these conflicts. To this end, two judicial cases involving the occupation of Kaingang indigenous people in the Municipality of Londrina, Paraná State, will be analyzed as examples of Judiciary action, focusing on the procedural and extraprocedural instruments taken to resolve this land conflict. The research is bibliographic and documentary, with a qualitative approach. As for the objectives, it is explanatory and theoretical.

Keywords: urban land conflicts; structural processes; indigenous occupation.

INTRODUÇÃO

O espaço urbano é um locus em que acontecem as principais relações sociais, onde são concretizados os direitos fundamentais e onde se desenvolvem conflitos em torno de deveres, direitos e pretensões. Basicamente todo o vasto elenco do artigo quinto, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) se desenrola no ambiente urbano, sem falar dos vastos direitos sociais positivados no artigo sexto e em outros dispositivos constitucionais (Brasil, 1988).

Dentro de todas as relações e conflitos sociais existentes em um ambiente urbano, abordar-se-á no presente estudo o direito à moradia (artigo 6º, CRFB/88) sob a ótica do papel do poder público na sua implementação. O tema é tratado há muito tempo sob a genérica pecha de “conflitos fundiários” e resume, basicamente, conflito entre o direito de uma parcela (geralmente menos abastada economicamente) à moradia em conflito direto com o direito à propriedade, igualmente de matiz constitucional e sobre o qual se funda a sociedade brasileira desde sua formação. Nesta tensão, o Estado tem o papel não apenas de dirimir conflitos individuais e pontuais, por meio de processos judiciais – as ações possessórias, reivindicatórias e petições – mas também o importante papel de conformação de políticas públicas para garantir de forma mais ampla possível o direito à educação e o acesso à propriedade a todos os cidadãos.

Essa atuação “coletiva” do Estado tanto se dá por meio de ações do Poder Executivo quando, por exemplo, constrói e distribui imóveis populares, desapropria imóveis improdutivos ou que não cumprem a função social, por intermédio de ações do Poder Legislativo, criando normas que regulamentam o exercício da função social da propriedade ou mesmo evitando ações que reivindicuem a posse em período pandêmico, assim como pelo próprio Poder Judiciário quando, por exemplo, se vê instado a julgar processos coletivos envolvendo ações possessórias.

A forma como os conflitos fundiários são tratados pelo Estado e, em especial, pelo Poder Judiciário, é incompleta e reflete, na maioria dos casos, uma visão liberal e dicotômica sobre o acesso à moradia e seu conflito quase único com a função social da propriedade. Buscar-se-á analisar que o tratamento processual conferido pelo sistema legal processual e mesmo pela prática judiciária não é suficiente para atingir todos os pontos da equação fundiária, uma vez que esta não reflete uma tensão somente entre dois princípios aparentemente antagônicos – direito à moradia e direito à propriedade conformada pela sua função social – mas uma miríade de direitos, como direito ao meio ambiente equilibrado, a ancestralidade de povos indígenas, dentre outros.

O objetivo deste artigo, portanto, será a verificação da hipótese por meio da análise de processo judicial em trâmite no Município de Londrina que busca a remoção de alguns indígenas de bem público ambiental localizado nesta cidade e, a partir do estudo deste processo judicial, comprovar a insuficiência dos institutos típicos previstos pela legislação possessória e a necessidade de o Poder Judiciário absorver outros institutos atípicos, abordando o problema em sua completude.

1 CONFORMAÇÃO JURÍDICA DA POSSE E SUA REGULAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A história brasileira pode ser contada sob o prisma da conformação jurídica da posse e da propriedade, ou seja, qual o tratamento conferido àqueles que possuem ou se apropriam de uma terra situada em área rural ou urbana no país. As terras no Brasil eram concedidas pela Coroa a alguns particulares ou simplesmente ocupada, pelo menos até meados do Século XIX (Ferreira, 2005, p. 2). Assim, durante séculos no Brasil, a propriedade somente era alcançada por influência política – a concessão de terras pela Coroa só ocorria àqueles que tinham alguma proximidade com representantes do poder político – ou mesmo pela força, por meio da ocupação, muitas vezes com emprego de violência.

Ferreira explica que o processo de consolidação da propriedade nas mãos de poucas pessoas ocorreu até 1850, pouco antes da aprovação da Lei de Terras (1850) em que o Estado tardou em impor regras claras e definidas sobre consolidação da propriedade de terras no Brasil, levando a uma situação de conflitos sociais e expulsão de alguns grandes proprietários de pequenos posseiros e concentração de vastas áreas rurais em alguns donos. Explica o autor que:

O resultado dessa disputa foi o fim do projeto liberal de financiamento de uma colonização branca de pequenas propriedades, baseada nos colonos europeus, por meio da venda das terras do Estado. No lugar, promoveu-se uma demarcação da propriedade fundiária nas mãos dos grandes latifundiários, que nesse processo conseguiram inclusive apropriar-se de muitas terras do Estado. E os imigrantes, em vez de colonos de pequenas plantações, serviram de fato como mão-de-obra nos grandes latifúndios, substituindo a mão-de-obra escrava (Ferreira, 2005, p. 2).

A Lei da Terra, de 1850 ocorreu logo após a proibição do tráfico negreiro, em 1831, que previa o início do processo de extinção do regime escravista brasileiro, pelo menos enquanto regime legalizado. Com o fim do tráfico negreiro em 1831, o comércio ainda existia, mas somente entre escravos residentes no território brasileiro (e algumas situações de tráfico negreiro), o que encarecia o valor pago pelos escravos. A saída era a busca por “mão de obra livre”, em especial de imigrantes que perderam suas pequenas propriedades após a institucionalização de latifúndios pela lei de terra.

Este marco temporal define de forma muito precisa a exclusão de uma grande massa de pessoas à propriedade de bens imóveis, dividindo a sociedade, basicamente, em grandes latifundiários ou meros possuidores ou trabalhadores “livres”. Estes trabalhadores “livres” poderiam utilizar a propriedade de seus “patrões” para subsistência em um regime que acabava por “escravizá-los”, criando dívidas impagáveis com os donos das terras.

Logo após a Lei de Terras, em meados do século XIX que, como visto, consolidou a propriedade na mão de poucas pessoas, relegando à grande maioria da população brasileira da época a mera posse de pequenas partes de terra, em geral, por meio de “contratos de arrendamento” com os proprietários, criando dívidas impagáveis, a Constituição brasileira de 1891, a despeito de inaugurar o período república no país, não trouxe novidades significativas no tratamento jurídico à propriedade.

A manutenção deste regime de grandes feudos tem impacto na política coronelista brasileira. Esta política, fundada sobre a figura dos “coronéis” permitia que os “representantes do povo” obtivessem apoio irrestrito por meio de votos de cabresto praticados por grandes coronéis que detinham poder quase que absoluto sobre suas terras e aqueles que eram permitidos ocupá-las. Havia, portanto, um absenteísmo do poder público que relegava aos coronéis a administração de suas terras e, em contrapartida, garantia de votos para si ou para seus apadrinhados (Leal, 2012, p. 52).

O texto constitucional garantia, em seu artigo 72, §17 a plenitude da propriedade, ressaltando a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, desde que mediante indenização prévia (texto que é mantido em suas linhas gerais até os dias atuais) (Brasil, 1988).

Não há nenhum tratamento distinto à propriedade, sendo, nesse ponto, apenas uma consolidação – dessa vez não apenas legal, mas constitucional – do regime já consolidado de exclusão, que diferenciava uma pequeníssima parcela da população, proprietária de grandes faixas de terra do restante que apenas tinha acesso à posse e sempre de forma precária, sem qualquer segurança jurídica ou institucional.

O Código Civil de 1916 (Brasil, 1916) conferiu um regime liberal à propriedade, garantindo ao seu titular o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los de quem quer que injustamente os possuía, criando uma nítida hierarquização da propriedade à posse, garantindo sempre aquela quando em conflito com esta. A despeito desta hierarquização da propriedade frente a posse, o legislador criou quatro meios de aquisição da propriedade – transcrição do título de transferência no registro de imóveis, acessão, usucapião e pelo direito hereditário – sendo que, destes quatro, um deles “democratiza” a propriedade, permitindo que esta seja adquirida por meio do exercício duradouro da posse, desde que mansa e pacífica.

O texto legal de 1916 também previa algumas conformações sociais à propriedade, como a instituição de direitos de vizinhança, previa o uso nocivo da propriedade e, desse modo, representou uma certa flexibilização de um regime absolutista da propriedade.

Esta “abertura” do direito à propriedade, permitindo, inclusive, que esta fosse adquirida por meio da usucapião que, nada mais é, do que a concessão de uma maior segurança jurídica a uma situação possessória duradoura e incontestada não trouxe, por outro lado, uma semelhante proteção ao regime jurídico da posse, assim como inexistiu, tampouco, qualquer menção ao direito à moradia que somente veio a ser consolidado aproximadamente oitenta anos após o Código Civil de 1916, por meio da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000 e em algumas leis posteriores (Ceará, 2000). O direito à moradia está intimamente ligado à posse, pois pressupõe, no mínimo, uma segurança jurídica da posse (ONU, 1966). A conexão da moradia com a proteção jurídica conferida à posse tem especial relevo no Brasil, dado o histórico de distribuição de propriedade de bens imóveis a poucas pessoas, gerando exclusão da grande maioria da população a parcelas mínimas de terra. Explicam Cláudio Oliveira de Carvalho e Raoni Rodrigues (2015, p. 11) que:

A necessidade de proteção à posse é essencial principalmente em países como o Brasil, nos quais a ocupação para fins de moradia não é uma opção. Trata-se, na verdade, da única oportunidade que parcela considerável da população possui de ter acesso a uma habitação (BOULOS, 2012, p. 46), devido aos preços exorbitantes dos imóveis, motivados pelas práticas especulativas do Mercado, e à ausência de políticas habitacionais capazes de atender às demandas sociais das cidades contemporâneas. Entendendo a posse como fenômeno inerente do modelo capitalista de desenvolvimento urbano hoje vigente, a ONU, através do Comentário Geral nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), orienta que, seja qual for o tipo de ocupação, “[...] todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejo forçado, perturbação e qualquer tipo de outras ameaças”.

Não obstante a importância da conformação jurídica da posse, o ordenamento jurídico material não acompanhou esta necessidade, sempre tratando-a somente sob o ponto de vista fático e em clara inferioridade à propriedade. Mesmo o Código Civil de 2002 (Brasil, 2002), que consubstanciou grandes evoluções frente ao seu antecessor no tocante ao disciplinamento da propriedade, aumentando de forma significativa os seus contornos sociais, garantindo diversas limitações sócio-ambientais, não evoluiu muito na proteção à posse, tratando sobre o tema nos artigos 1.196 a 1.224, prevendo classificação da posse, hipóteses de aquisição e perda e seus efeitos.

Ao contrário da propriedade, em que é prevista expressamente sua necessária função social, a posse não mereceu o mesmo tratamento, apesar de a doutrina já apontar sua necessária conformação social e a importância deste instituto.

O exercício do direito de posse passou a ser funcionalizado, ou seja, voltado a uma função específica – função esta de cunho social e publicista, inclusive como parte do mínimo existencial do ser humano que, portanto, merece ser devidamente tutelado. A posse, longe de uma mera situação fática, “permite a proteção do ‘ser’ nas exigências mínimas da vida em sociedade, [sendo] instrumento essencial de satisfação de necessidades humanas, seja ela exercida em razão da titularidade ou não” (Frota, 2015, p. 15).

Se o regime de direito material não confere proteção mínima à posse, em seu aspecto funcionalizado, a legislação processual avança um pouco sobre o tema, sem, contudo, esgotá-lo.

O Código de Processo Civil de 1973 (Brasil, 1973) abordava a proteção possessória por meio de ações individuais – ação de interdito proibitório, reintegração e manutenção de posse – fazendo uma divisão estática e arbitrária entre posse “de força nova” e posse “de força velha”. Enquanto aquela era aquela consolidada há ano e dia e gozava, por isso, de proteção mais efetiva e ágil por parte do Poder Judiciário, que concedida liminares de reintegração ou manutenção de posse, esta não permitia liminares, sem prejuízo de o autor buscar a concessão de tutelas provisórias, alegando urgência.

A tutela à posse envolvia também os conflitos possessórios multitudinários que eram aqueles em que a “ocupação” se dava por um grande número de pessoas – em geral, pessoas de baixa renda que ocupavam áreas particulares ou públicas não utilizadas ou subutilizadas e faziam destas áreas suas moradias. Os conflitos possessórios multitudinários pendiam claramente para a prevalência do

autor da ação, pois praticamente inviabilizava a participação dos réus no processo judicial, uma vez que permitia de forma quase indiscriminada a citação por edital. Assim, os possuidores (“ocupantes”) eram, muitas vezes, surpreendidos com ordem judicial de desocupação ou, em vários casos, com uso de força policial que os tirava de suas residências, de forma violenta e indiscriminada¹, sem a concessão de alternativas, como aluguel social, transferência dos moradores para outras áreas, etc. Resolveu-se o processo, sem, contudo, resolver o problema social da habitação destes moradores.

O Código de Processo Civil de 2015 evoluiu, no sentido de conferir maior possibilidade de participação dos réus nas ações possessórias – em especial aquelas ações possessórias multitudinárias – prevendo, também, participação de representantes adequados e do Poder Público que tem atribuição de resolver os conflitos fundiários (Brasil, 2015).

Assim, o artigo 554, parágrafo primeiro determina que no caso de ações possessórias em que figure no polo passivo um número grande de pessoas, a citação deverá ser pessoal àqueles que forem encontrados no local, permitindo-se a citação por edital dos demais (Brasil, 2015). Além disso, previu-se também a citação do Ministério Público para que acompanhe o processo e da Defensoria Pública, nas situações em que houver hipossuficiência econômica, que é o que ocorre na grande maioria dos casos desta natureza. Foi determinada também ampla publicidade aos atos processuais, permitindo que utilize anúncios em jornal ou rádios locais, publicação de cartazes e outros meios (como páginas de internet, informações por aplicativos de mensagens, etc.).

Ademais, nos conflitos coletivos em que o esbulho ou a turbação tenha ocorrido há mais de ano e dia (posse de “força velha”), é necessário que o juiz determine audiência de mediação, devendo, também convocar para participar do processo os órgãos responsáveis pela política agrária e urbana da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal a fim de se manifestarem sobre seu interesse ou sobre a possibilidade de solução para o conflito (e não para o processo, perceba-se) possessório.

É necessário perceber que o diploma processual evoluiu bastante em relação à proteção possessória e, mais ainda, à tentativa de solucionar os conflitos fundiários. Não se busca mais somente extinguir o processo, mas resolver o conflito subjacente e isso fica claro quando se conclama o poder público a manifestar possibilidade de solucioná-lo (e não, como se apontou anteriormente, solucionar o “processo”). Essa solução a ser tratada pelo Poder Público pode ser concessão de aluguéis sociais, realocação dos ocupantes para moradias sociais, possibilidade de expropriação do bem (aplicação do artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º), dentre outras.

¹ Cite-se de forma exemplificativa a “Desocupação de Pinheirinho”, comunidade em São José dos Campos, Estado de São Paulo, que contava número aproximado entre seis a nove mil moradores, ocorrida em 2012 em que a área, de propriedade da massa falida da Selecta AS. Na reintegração de posse, foi deslocado efetivo da Polícia Militar que retirava os ocupantes de suas residências, com uso de força, inclusive sendo narrados tiros para o alto e cerca de quinhentos moradores que afirmaram que houve uso indiscriminado de balas de borracha e uso de bombas jogadas por helicópteros. A operação foi denunciada por diversos membros da sociedade civil com foco em proteção aos direitos humanos, mas, ao final, houve a desocupação dos moradores que tiveram que sair de suas casas (Carvalho, 2020).

Se, por um lado, trata-se de um avanço legislativo, por outro lado, não analisa o problema em todos os seus aspectos. As “ocupações irregulares” não opõem somente o direito à moradia, de um lado, e o direito à propriedade de outro. Este conflito tem resolução mais simplificada, uma vez que pode ser solucionado – pelo menos em abstrato – pela aplicação da função social da propriedade. A legislação não considera, contudo, que muitas das “ocupações irregulares” não apenas chocam os dois direitos acima elencados, mas também ocorrem em áreas de proteção ambiental, por exemplo, em que é considerado um direito difuso e, por outro lado, um dever de tutela pelo próprio poder público².

Nesses casos, há uma miríade de direitos que precisam se adequar mutuamente; não há mais somente uma conformação do direito à moradia com o direito à propriedade, mas o dever de tutela do meio ambiente, direito da comunidade ao meio ambiente equilibrado, direito à preservação de comunidades tradicionais à ocupação ancestral, direito ao equilíbrio financeiro do Estado, dentre outros direitos de caráter difuso e de difícil conformação.

O processo, nesse caso, não apenas irá contrapor dois direitos aparentemente antagônicos, mas diversos direitos e obrigações, de múltiplos titulares – alguns facilmente identificáveis, como eventual proprietário do bem ocupado e os ocupantes – e alguns de difícil identificação³. É necessário, portanto, utilizar de meios não diretamente tipificados ou destinados à tutela possessória, mas aplicáveis ao processo, para solução do conflito, aumentando o exercício do contraditório e franqueando maior participação popular no processo como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais.

2 A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS E A OCUPAÇÃO KAIKANG EM LONDRINA

Os conflitos fundiários são representativos da “[...] concentração de renda, pelo processo de urbanização irregular das cidades, cuja expressão sempre foi a precariedade habitacional das populações de baixa renda” (Teixeira; Silva, 2016, p. 125). Apesar de ser uma questão fundamental na conformação do direito à cidade, o conceito carecia de uma regulamentação normativa que, embora de maneira não suficiente, somente ocorreu em 2009, por meio da Resolução 86, do Ministério das Cidades que conceitua conflito fundiário urbano como:

Disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade (BRASIL, 2009).

2 Art. 225, CRFB/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (Brasil, 1988).

3 Quem são as pessoas interessadas por um determinado bem ambiental? Apesar de o meio ambiente ser considerado um interesse difuso e, por isso, de interesse de toda a população, é claro que há “zonas de interesse”, ou seja, algumas pessoas serão mais diretamente impactadas pelo uso indiscriminado de um bem ambiental do que outras. A identificação destas zonas de interesses para compreender o interesse na tentativa de solução do conflito fundiário é indispensável para que este seja efetivamente resolvido.

Os conflitos fundiários urbanos, todavia, não ficam relegados àquelas famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis, embora, empiricamente, constituam a maior parte dos sujeitos deste tipo de conflito. É possível visualizar também pessoas abastadas que não teriam problemas com regularização de propriedade, optarem, voluntariamente, a exercer posse de imóveis em localizações não permitidas, em geral com algum tipo de limitação ambiental.⁴ Apesar de a definição legal do conceito de “conflito fundiário urbano ser bastante restritivo, não alcançando todos os conflitos envolvendo terras no âmbito das cidades, usaremos o conceito legal por ser o de maior incidência e que mais demandam atenção e intervenção estatal para sua solução.

Os conflitos fundiários urbanos alcançam mais valores e direitos em tensão do que a prática em geral enxerga. Em estudo em que busca aprofundar a “racionalidade pela qual vem sendo pautada a intervenção jurisdicional em casos de conflitos fundiários urbanos” (Milano, 2017, p. 7), Giovana Bonilha Milano realizou pesquisa empírica analisando decisões judiciais proferidas por Tribunais de Justiça de todos os Estados da federação, publicadas nos anos de 2014 e 2015 e identificou, por exemplo, que as ações possessórias ajuizadas no espaço temporal e geográfico pesquisados, cerca de quarenta e um por cento das decisões fundamentaram-se na presença dos requisitos suficientes para reintegração de posse⁵, enquanto quinze por cento das decisões tiveram como fundamentos o direito à moradia e à habitação e o restante (pouco menos de cinquenta por cento) teve como principais argumentos questões meramente processuais (cabimento ou não de audiência de justificação, “obstáculos processuais”).

Embora questões binárias possam fundamentar uma quantidade grande de ações possessórias individuais (aplicação ou não do dispositivo legal material ou processual adequado), raras vezes alcançam os conflitos fundiários urbanos que alcançam número vasto de pessoas. Além da necessidade de efetivação do direito à moradia, há também necessidade de proteção do meio ambiente, dos bens públicos, respeito ao equilíbrio fiscal e integridade financeira do ente público que arcará com despesas de alocação das famílias, questões de conflitos federativos, quando houver interesses envolvendo mais de um ente da federação, dentre outros.

Vejamos, exemplificativamente, ocupação de área pública por famílias indígenas da tribo Kaingang no município de Londrina, cujos processos judiciais que discutem a posse do bem e o conflito fundiário propriamente dito estão em trâmite desde o ano de 2015, sem que se tenha uma solução definitiva até a data de elaboração deste artigo.

Os Kaingang são conhecidos como uma das maiores nações indígenas do Brasil, contando atualmente com aproximadamente vinte mil pessoas espalhadas nos estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul (Tommasino, 1998). A ocupação dos Kaingang no Estado do

4 Veja, por exemplo, notícia extraída do site “Folha” que mostra condomínios de alto padrão econômico localizados em área de proteção ambiental considerada como *non aedificandi* (Schivartche; Izidoro, 2006).

5 No Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da pesquisa da autora, os requisitos necessários para o provimento do pedido nas ações de reintegração de posse eram a posse, sua turbacão ou esbulho e a data em que ocorreram e a continuação da posse, se turbada ou sua perda. Estes requisitos foram mantidos no Código de Processo Civil de 2015, de acordo com a redação do artigo 561 (Brasil, 1973, 2015).

Paraná remota desde o século XVIII e teve como principais características a caça e a coleta, atividades que os caracterizam até os dias atuais.

Com a emergência das cidades e a “pacificação” dos sertanistas, o povo indígena Kaingang passou a se aldear, minorando suas atividades de caça e passando a viver de escambos com miçangas, ferramentas e apetrechos típicos dos colonizadores. O crescimento das cidades levou a um achatamento dos aldeamentos e uma diminuição dos principais locais de caça e coleta dos indígenas, o que fez com que passassem a se deslocar com frequência para que pudessem fazer trocas nos centros urbanos.

Essa adoção de novos costumes foi a única alternativa para sobreviverem, adaptando-se à nova realidade e tornando-se “agricultores de subsistência, assalariados e passaram a vender seu artesanato nos distritos e nas cidades”. É em razão da emergência e da forçosa adaptação aos novos costumes que os indígenas Kaingang passaram a frequentar de forma rotineira as sedes dos municípios e distritos, passando temporadas fazendo pequenos trabalhos ou vendendo seus produtos (especialmente artesanato e produtos da lavoura).

O Município de Londrina passou a ser um dos principais polos de atração para os indígenas, especialmente aqueles aldeados em Apucarana. Em razão do porte da cidade, de sua importância econômica na região metropolitana e do próprio conhecimento e familiaridade dos indígenas com a região, o Município passou a ser o local de preferência para os Kaingang realizarem suas atividades. Explica Kimiye Tommasino que os laços dos Kaingang com Londrina são seculares, frequentando a cidade quando esta “não existia nem em sonhos. Esta era parte de seu território de caça, coleta e pesca” (Tommasino, 1998, p. 69).

Inicialmente, os indígenas iam à cidade e lá ficavam por dez a quinze dias, voltando às suas aldeias quando obtinham os produtos de que necessitavam ou os valores que vinham obter em decorrência da venda de seus produtos. Tommasino descreve os acampamentos dos Kaingang na cidade de Londrina afirmando que estes indígenas recriam temporariamente um espaço tipicamente kaingang:

Deslocam-se em grupos de parentes, cada qual instala sua barraca e lá permanece por cerca de 10 ou 15 dias. Tal como faziam antes (e ainda fazem) nas matas e beira dos rios, trazem os equipamentos básicos para a permanência provisória: roupas, panelas, animais de estimação. A cozinha é improvisada na parte externa das barracas, os produtos para comércio são dependurados nas árvores das ruas em frente ao acampamento. [...] Por paradoxal que pareça, para os mais velhos, estar num acampamento em Londrina produz uma sensação de retorno ao tempo antigo (Tommasino, 1998, p. 69-70).

Com o crescimento natural da cidade, duas consequências são inevitáveis: em primeiro lugar, tem um aumento da população e, por consequência, aumento de potenciais consumidores dos produtos comercializados pelos Kaingang. Por outro lado, tem-se um achatamento (ou até erradicação) dos aldeamentos dos Kaingang, forçando uma migração em massa e definitiva dos indígenas para a cidade.

Essa migração traz alguns desafios sociais, sendo de se destacar o desafio à moradia, alimentação, saúde e outros serviços públicos básicos. De início, foi construído em 1999 o VÃRE – CENTRO CULTURAL KAINGANG, pelo Município de Londrina, local que serve para a recepção temporária de famílias kaingang e para que os indígenas possam realizar seu comércio, especialmente de produtos artesanais, situado na região central da cidade. O local que foi construído para ser um local de passagem, contando com casas de alvenaria, saneamento básico e transporte é, nos dias atuais, utilizado por parte dos indígenas kaingang na cidade de forma definitiva, como moradia, tendo sido parcialmente destruído por incêndio ocorrido em agosto do corrente ano.

Além do Vãre urbano, há também famílias que hoje ocupam área pública municipal caracterizada como fundo de vale, localizada no Jardim Arpoador, área de preservação permanente, por distar menos de 30 (trinta) metros de mata ciliar, cuja conservação resguarda o equilíbrio do Córrego Cambé. Vale apontar que a própria escolha da localização remete aos costumes da tribo indígena Kaingang que se aldeiam em localizações próximas a cursos d'água, facilitando seu modo de vida tradicional.

A ocupação no local se dá, pelo menos desde o ano de 2011 e, desde aquele tempo, já se percebe a precariedade da localização, bem como a necessidade de o Poder Público tutelar o meio ambiente, sem se descuidar da proteção à vida e à integridade dos próprios indígenas. Além destes interesses diretamente alcançados, há interesses parcelares como da população que usa a localização em que estão acampados, para prática de exercícios ou outras atividades afins e da vizinhança que tem direito à manutenção da salubridade e segurança da vizinhança.⁶

Com isso, há dois processos envolvendo esta questão fundiária. O primeiro deles ajuizado em 2015⁷ pelo Município de Londrina, em que constam como réus a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) e os indígenas ocupantes de área ambiental. Nesta ação possessória, se busca não apenas a mera desocupação da área, em razão de se tratar de área de proteção ambiental que deve ser tutelada pelo poder público, inserindo-se no raio de trinta metros de mata ciliar, denominada como área de fundo de vale, mas também a construção de uma alternativa viável para realocação dos indígenas, dada a competência comum dos entes federados de proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos.⁸

Neste processo, em que os indígenas figuram como réus, o cerne do conflito não é apenas a questão possessória, mas um amplo conflito fundiário urbano, estando em debate direito à habitação, direito à ancestralidade e dever de tutela do meio ambiente e do patrimônio público. Não são apenas interesses individuais ou, quando muitos, individuais homogêneos que estão em disputa,

6 Art.1.227, Código Civil. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha (Brasil, 2015).

7 Proc. N. 5015193-42.2015.4.04.7001.

8 Lei 6.001/1973: Artigo 2o Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos (Brasil, 1973).

mas direitos individuais homogêneos e direitos difusos de terceira dimensão que trazem dificuldade para o modelo convencional de processo com “autor versus réu”, em que a participação e contraditório limita-se à ação-reação-influência dos sujeitos processuais.

Além do processo acima, tramita também ação civil pública⁹ proposta pelo Ministério Público Federal contra a Fundação Nacional dos Povos Indígenas e o Município de Londrina que tem como principais pedidos a construção de casa de passagem aos indígenas e a disponibilização de estrutura adequada – terreno, construção e regularização de edificação adequada, estudo antropológico para separar grupos rivais, aprovação e elaboração de projeto de construção, dentre outras. Esta ação civil pública enumera longas tentativas de negociação envolvendo grupos indígenas, Ministério Público Federal e Município de Londrina para viabilizar localização para construção de moradias para os indígenas que, até o momento da sua propositura, restaram infrutíferas, não melhorando – mas, ao contrário, agravando – a ocupação.

Tem-se aí um litígio coletivo de difusão irradiada que, segundo classificação proposta por Edilson Vitorelli (2021, p. 34), ocorre quando a:

[...] sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio.

A desconsideração de múltiplos conflitos subjacentes a um litígio de difusão irradiada impede a participação massiva das partes na tentativa de sua resolução e acaba por impedir que este seja solucionado adequadamente, apesar de eventual extinção do processo com ou sem julgamento do mérito.

Foi o que aconteceu no litígio em análise. As tentativas de resolução do litígio fundiário começaram bem antes da propositura dos processos judiciais comentados, vez que desde 2005, pelo menos, há estudos antropológicos e acompanhamento próximo do Município de Londrina à ocupação para tentar viabilizar a retirada das famílias da área de proteção ambiental ocupada, seja para prover uma casa de passagem, que servirá para “ocupação provisória” de indígenas, quando forem à cidade para realizar comércio ou outras atividades, seja para regularizar a moradia de algumas destas famílias indígenas que já saíram definitivamente de suas tribos.

Em ambos os processos, há sentença de primeiro grau, estando aguardando julgamento de apelação. O exame (no lugar da palavra análise) do processo de reintegração de posse oferece elementos mais significativos para análise dos elementos para tentar resolver e a insuficiência dos métodos empregados que culminaram com uma sentença proferida no mês de novembro do ano de 2017 (mais de dois anos após o ajuizamento da ação), em que foi deferido o pedido de reintegração de posse, condicionando-se sua eficácia à elaboração, pela FUNAI, de planejamento de remoção e alocação dos indígenas que ocupem a área, mas que não foi efetivada até o presente momento.

9 Proc. N. 5015977-19.2015.4.04.7001

A condução de um processo desta natureza perpassa a questão da mera aplicação do direito posto para a construção de soluções dialogadas, abrindo-se espaços para manifestação de todos os interessados (e não somente as partes do processo). Assim, tem-se um processo mais “trabalhoso”, difícil de ser aplicado na prática, por envolver audiências públicas, oitiva de experts, quando for necessário, mediações, conciliações e outras técnicas para democratizar e ampliar o debate. No processo de reintegração de posse, houve apenas um momento de audiência pública, realizada em abril de 2017, em que estavam presentes representantes do Município de Londrina, da FUNAI, dos indígenas ocupantes da área e de seu representante judicial.

Nesta audiência, os indígenas afirmaram que não pretendiam sair da área de forma amigável, tendo havido somente uma “contraproposta” pelo juiz, para que se mudassem para uma chácara onde já se encontram outros indígenas, a qual não foi aceita por eles. A audiência durou somente 1 (uma) hora, o que ressalta que não foram realizados esforços significativos para realmente conciliar, tendo consistido em apenas um ato processual com finalidade meramente formal.

Na audiência, há uma subparticipação dos envolvidos no conflito. Não se percebeu, por exemplo, que os indígenas que residem na Chácara São Miguel, local que foi proposto para abrigar os indígenas que participaram da audiência, são de um grupo rival e, portanto, seria intolerável a convivência e absolutamente inviável a proposta. A existência destes grupos rivais foi percebida pelo juízo na sentença, em que é determinado à FUNAI que esta realize a realocação dos indígenas, resolvendo a questão dos grupos rivais, para que fossem evitados conflitos entre eles. Dissertando sobre a importância da audiência nestes processos, Edilson Vitorelli (2021, p. 353) explica que:

A audiência deve servir para fomentar um amplo debate entre as partes e com o juízo, no qual se apresentem os diversos aspectos do litígio e as razões que sustentam as posições de ambas as partes. Essa abertura ao diálogo já pode ampliar as chances de que se avance para um acordo. [...] podem ser tomadas, em audiência, decisões que permitam destravar aspectos para os quais a negociação não foi suficiente. Muitas vezes, a simples manifestação do juiz quanto à possibilidade de tomar a decisão é suficiente para alterar o panorama da negociação.

Há também uma ausência injustificada da Defensoria Pública. Nos termos do artigo 134, caput da Constituição Federal, compete à Defensoria Pública “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (Brasil, 1988). Portanto, apesar de os indígenas estarem representados por advogado particular, a Defensoria Pública, enquanto instituição prevista constitucionalmente para tutela de direito dos hipossuficientes econômicos, tem representatividade adequada (Rodrigues, 2017, p. 134) para tutelar seus interesses e podendo, inclusive, representar também os indígenas do grupo rival, muitos dos quais residentes na Chácara São Miguel e que não se fizeram presentes na audiência, pois não foram intimados.

Também poderiam ter sido ouvidos antropólogos e representantes da sociedade civil com interesse na questão urbanística e indígena que poderiam trazer elementos não percebidos pelas

partes diretamente em conflito, dado seu interesse direto na solução do processo com o provimento de seus respectivos pedidos (que não é, necessariamente, a solução do conflito).

Desde a propositura da ação, em novembro de 2015, até a sentença, em novembro de 2017 (dois anos de duração), não foram praticados quaisquer ato para salvaguardar direitos ou preparatórios de eventual desocupação, construção de moradias adequadas, pagamentos de aluguéis sociais ou outra alternativa similar. Na verdade, não houve qualquer planejamento de solução do conflito, imposto apenas em sentença para que este fosse elaborado e executado pela FUNAI, sem participação dos indígenas ou acompanhamento pelo juízo.

O litígio não foi resolvido, mostrando que a mera sentença, mesmo que analise o mérito, não tem o condão de, por si só, resolver questões de alta complexidade. No presente caso, os processos judiciais – tanto a ação de reintegração de posse quanto a ação civil pública que tratam sobre a mesma demanda, embora com pedidos imediatos diferentes – estão em trâmite há seis anos, consumindo esforços e recursos de todos os envolvidos, sem que se vislumbre uma solução. Ao contrário, o problema se agrava, já tendo havido incêndio na área de ocupação¹⁰ em decorrência da falta de manutenção dos equipamentos e das moradias que não têm mínimas condição de habitação, não tendo saneamento, água tratada e outros serviços básicos.

Ao se considerar que os Direitos Humanos têm por finalidade proteger a todas as pessoas, independentemente de qualquer característica individual ou de grupo que as torne singulares, tem-se que a não efetivação de tais garantias constitui uma violação ao próprio fundamento de sua existência (Oliveira; Benacchio, 2021, p. 53). Portanto, há no presente caso uma clara violação de direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo tem como uma de suas finalidades básicas a resolução de conflitos que podem ou não coincidir com o objeto da ação. Muitas vezes, o que é pedido no processo é apenas uma pequena parte do conflito e, mesmo quando há sentenças extintivas, o conflito perdura, não atingindo a jurisdição o seu escopo que é a pacificação social.

Nos conflitos fundiários urbanos, tem-se um exemplo de que os processos, em geral, não abrangem a totalidade do conflito, mas, quando muito, limitam-se à mera aplicação da lei sem, contudo, analisar questões mais profundas que levaram ao conflito e como fazer para solucioná-lo.

Em país com enormes concentrações de terras nas mãos de poucos proprietários, decorrente de processo arbitrário e direcionado de divisão de terras por parte da Coroa Portuguesa e em virtude de processos de urbanização precários, sem planejamento e profundamente excludente, os

¹⁰ Em agosto de 2021, um incêndio destruiu casas no Centro Cultural Kaingang, desocupando várias famílias. Por sorte, apenas uma pessoa apresentou ferimentos leves e não houve casos de ferimentos graves ou mortes (Incêndio [...], 2021).

conflitos fundiários urbanos contrapõem diversos interesses, deveres e direitos por parte de diversos atores sociais.

Assim, é necessário que estes conflitos sejam analisados não somente sob um maniqueísmo direito de habitação x direito de propriedade, mas indo além, envolvendo questões relativas à proteção do meio ambiente, ao urbanismo propriamente dito, à regularidade e equilíbrios fiscais, dentre outros. Ao inserir estas variáveis e estes atores sociais em processos fundiários, tem-se uma democratização do processo, permitindo que sejam alcançadas soluções mais dialogadas e com mais insights de diferentes sujeitos interessados.

O processo de ocupação de áreas públicas por alguns indígenas Kaingang no Município de Londrina demonstra como o Poder Judiciário não está pronto, apesar de ter instrumentos positivas que permitam uma solução mais eficaz do problema. Estes instrumentos envolvem realização de audiências públicas, execuções negociadas, planejamentos intersetoriais, revisão sobre a adequação da sentença aos pedidos, revisão de preclusões processuais (dentre elas, a preclusão máxima, i.e., a coisa julgada), dentre outros. Em suma, trata-se de visões novas sobre velhos conceitos, devendo todas as partes atuarem em um processo de perfil colaborativo para a solução do litígio que poderá (e normalmente é) ir muito além do objeto da ação.

A concepção de que alguns processos são instrumentos estruturais para que seja modificada a atuação de atores políticos, econômicos e sociais no tratamento de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões deve nortear os sujeitos processuais e, em especial, o Poder Judiciário na condução destes processos que envolvem conflitos fundiários urbanos que, em muitas vezes, não consegue ser solucionado com uma mera aplicação de dispositivos de legislação material ou processual que tratam de requisitos objetivos e rígidos de legitimidade ou ilegitimidade da posse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1. de janeiro de 1916**. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução recomendada n. 87, de 08 de dezembro de 2009. recomenda ao ministério das cidades instituir a política nacional de prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, n. 98, p. 88, 25 maio 2010. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/ResolucaoRecomendada/resolucao-87-2009.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Turma). **Apelação cível AC 5015193-42.2015.4.04.7001.** Apelação cível. reintegração de posse de área ocupada por famílias indígenas. legitimidade passiva da FUNAI [...]. Apelante: Renato Kriki Ka Mrem. Apelado: Município de Londrina/PR. Relator: Luís Alberto D. Azevedo Aurvalle, 14 dez. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1729583929/inteiro-teor-1729583930>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Turma). **Apelação Cível AC 5015977-19.2015.4.04.7001.** Processual civil. embargos de declaração. omissão. contradição. obscuridade [...]. Embargante: Ministério Público Federal. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha, 29 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1311859556/inteiro-teor-1311859657>. Acesso em: 30 out. 2021.

CARVALHO, Cláudio Oliveira; RODRIGUES, Raoni. O novo código de processo civil e as ações possessórias perspectivas para os conflitos fundiários coletivos?. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 1750-1770, 2015. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2015.20912>.

CARVALHO, Igor. Oito anos depois, onde estão os principais envolvidos no caso Pinheirinho. **Brasil de Fato**, São Paulo, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/29/oito-anos-depois-onde-estao-os-principais-envolvidos-no-caso-pinheirinho>. Acesso em: 28 out. 2021.

CEARÁ. Procuradoria Geral de Justiça. **Emenda constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000.** Altera a redação do art. 6. da constituição federal. Fortaleza: Ministério Público do Ceará, 2000. Disponível em: <http://intranet.mpce.mp.br/internet2010/servicos/legislacao/compilado/ec26.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

FERREIRA, João Sette Whitaker. A cidade para poucos: breve história da propriedade urbana no Brasil. In: SIMPÓSIO INTERFACES DAS REPRESENTAÇÕES URBANAS EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO, 2005, Bauru. **Anais [...]**. Bauru: UNESP; SESC, 2005. v. 1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5666586/mod_resource/content/1/propurb.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

FROTA, Henrique Botelho. A função social da posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos. **Fides**, Natal, v. 6, n. 1, dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/202>. Acesso em: 30 out. 2021.

INCÊNDIO destrói casas no centro cultural Kaingang, em Londrina. **RPC**, Londrina, 5 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2021/08/05/incendio-destroi-casas-no-centro-cultural-kaingang-em-londrina.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2021.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MILANO, Giovanna Bonilha. Poder Judiciário e conflitos fundiários urbanos: molduras processuais da disputa. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1-21, dez. 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/639>. Acesso em: 30 out. 2021.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Princípios constitucionais da ordem econômica enquanto instrumento de equilíbrio entre os direitos humanos e o desenvolvimento econômico nacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 2, p. 50-63, ago. 2021. DOI 10.5433/24157-108104-1.2021v16n2

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais**. Genebra: ONU, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

SCHIVARTCHE, Fabio; IZIDORO, Alencar. Condomínios de luxo invadem a Cantareira. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 abr. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0204200621.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

TEIXEIRA, Alessandra; SILVA, Eliane Alves da. Conflitos fundiários urbanos e sistema de justiça: judicialização da política ou politização da justiça?. **Mediações**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 124–144, 2016. DOI: 10.5433/2176-6665.2016v21n1p124. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/24664>. Acesso em: 12 out. 2021.

TOMMASINO, Kimiye. Os novos acampamentos (Wãre) Kaingang na cidade de Londrina: mudança e persistência numa sociedade Jê. **Mediações**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 66-71, 1998. DOI: <https://doi.org/10.5433/2176-6665.1998v3n2p66>.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TECNOLOGIAS VESTÍVEIS E SUPERÁVIT COMPORTAMENTAL: A IMPOSIÇÃO DE PRODUTIVIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO POR MEIO DE TÉCNICAS INVASIVAS DE PRIVACIDADE¹

WEARABLE TECHNOLOGIES AND BEHAVIORAL SURPLUS: THE IMPOSING OF PRODUCTIVITY IN THE WORKPLACE THROUGH INVASIVE PRIVACY TECHNIQUES

Raissa Arantes Tobbin*

Valeria Silva Galdino Cardin**

*Doutoranda e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Graduada em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Graduada em Letras – Português/Espanhol pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3655-8407>

**Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Doutorado e Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Pesquisadora pelo Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICET). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9183-0672>

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a utilização das tecnologias vestíveis no meio ambiente de trabalho e as consequências aos direitos da personalidade do trabalhador, especialmente à privacidade e ao direito à proteção de dados. Como resultado, a pesquisa verificou que os *wearables*, que coletam dados sobre saúde, são dispositivos que permitem o acesso a um *superávit* comportamental do trabalhador, representando técnica que poderia ser em certos contextos considerada invasiva de privacidade com base no capitalismo de vigilância, especialmente quando utilizados para aferir produtividade, desempenho e incentivar o engajamento em tarefas por meio de gamificação, sendo essencial a tutela do direito à proteção de dados e da autodeterminação informativa do trabalhador, sob pena de imposição de comportamento e enrijecimento/tolhimento da personalidade. O artigo utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e doutrina aplicável ao tema.

Palavras-chave: direitos da personalidade; inteligência artificial; *wearables*.

Abstract: This paper aims to analyze the use of wearable technologies in the work environment and their consequences on the worker's personality rights, especially privacy and data protection rights. As a result, the research found that wearables that collect health data are devices that allow access to a worker's behavioral surplus, representing a technique that could be considered privacy-invasive in certain contexts based on surveillance capitalism, especially when used to measure productivity, performance, and encourage task engagement through gamification. Therefore, it is essential to protect

¹ O presente artigo foi desenvolvido a partir dos estudos propostos pela disciplina “Constitucionalismo e Interpretação Crítica: Perspectivas dos Direitos Personalidade para o Século XXI”, ministrada pelo Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin, no Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), no ano de 2022, oportunidade em que foi explorada com profundidade a obra “A era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder”, de Shoshana Zuboff. O contato com tal temática contribuiu para o desenvolvimento de hipóteses que abrangessem a exploração do *superávit* comportamental na perspectiva das tecnologias vestíveis, tema que as autoras do presente trabalho pesquisam desde 2021, em nível de Mestrado e, agora, de Doutorado.

data privacy and the worker's informational self-determination, under penalty of imposing behavior and rigidifying/restricting personality. This study used the hypothetical-deductive method, based on research and bibliographic review of books, journal articles, legislation, and doctrine applicable to the topic.

Keywords: personality rights; artificial intelligence; wearables.

INTRODUÇÃO

As tecnologias vestíveis (do inglês *wearables*) podem ser conceituadas como dispositivos tecnológicos que tem por objetivo facilitar o dia a dia dos seus usuários, sobretudo nas áreas da saúde, dos esportes, da geonavegação, do lazer e no auxílio em atividades domésticas. São artigos que costumam agregar estilo, moda, *design* e designar *status* social, tendo em vista a aquisição de aparelhos em um contexto de inovações quase diárias e obsolescência programada. Entretanto, desencadeiam indagações quanto à proteção de dados e à vigilância excessiva por parte de empresas do ramo da tecnologia e pelos Estados.

Com base no descrito por Zuboff (2021), verifica-se que uma das grandes bases de sustentação do capitalismo de vigilância é a exploração do *superávit* comportamental, que é fundamentado nos dados coletados de acordo com a experiência *online* do usuário de aplicativos, das redes sociais e de dispositivos eletrônicos.

Diante de tal perspectiva, questiona-se se a coleta de dados dos usuários dos *wearables* sobre aspectos de saúde, como a verificação de batimentos cardíacos, glicose, ciclo menstrual até indicadores de performance física, animosidade, irritabilidade e qualidade de sono possibilitariam análises complexas e a criação de perfis fisiológicos e de padrões comportamentais, mesmo que o usuário não tivesse a real dimensão quanto aos delineamentos dessa vigilância e suas eventuais consequências futuras, inclusive em sua relação laboral.

Tal cenário é ainda mais complexo diante da potencialidade de utilização dos *wearables* no meio ambiente de trabalho, especialmente para o controle acerca de dados sobre saúde do empregado, de sua produtividade e do seu desempenho, bem como para o engajamento em tarefas por meio de gamificação. Assim, é fundamental a discussão acerca da proteção de dados e da autodeterminação informativa do empregado em face de técnicas que representem invasão à privacidade ou formas arbitrárias de imposição do seu consentimento.

O trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica. A pesquisa contemplou a busca de artigos, obras, notícias e legislação, especialmente nas bases de dados *Scielo*, *Google Acadêmico* e *EBSCO*, que dialogassem com a hipótese de utilização de *wearables* no ambiente de trabalho e de coleta de dados pessoais sobre saúde para fins de exploração do *superávit* comportamental delineado por Zuboff (2021), investigando a eventual ofensa a direitos como a privacidade, que é um direito da personalidade, à proteção de dados e à autodeterminação informativa do trabalhador.

Como resultado, verifica-se que as tecnologias vestíveis coletam dados sobre saúde que podem ser tratados e explorados para fins de vigilância no ambiente de trabalho, assim como o controle de produtividade, do desempenho e para incentivar o engajamento de tarefas por meio de gamificação, sendo essencial a tutela dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, bem

como da autodeterminação informativa do trabalhador, sob pena de imposição de comportamento e enrijecimento/tolhimento da personalidade.

1 CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E A DESCOBERTA DO SUPERÁVIT COMPORTAMENTAL

Para melhor compreender a dinâmica de funcionamento e utilização dos *wearables*, bem como evidenciar os principais questionamentos que a vigilância excessiva destes dispositivos provoca em relação a direitos da personalidade², sobretudo à privacidade, é essencial examinar o cenário do capitalismo de vigilância, responsável por acentuar o fenômeno da monetização de dados pelas empresas do ramo da tecnologia.

O termo capitalismo de vigilância foi cunhado e popularizado a partir dos estudos de Shoshana Zuboff, tendo por objetivo definir a transformação na ordem da economia política “que constitui e expande uma nova forma de capitalismo pautada na exploração do comportamento das pessoas, ou seja, em todos os aspectos da vida cotidiana — para além do paradigma do trabalho”. A vigilância no capitalismo atual é a determinante, de forma que criou uma engenhosa estrutura de mercantilização dos dados pessoais obtidos (Fornasier; Knebel, 2021, p. 1005; Tobbin; Cardin, 2022b, p. 37).

Zuboff (2021) afirma que o capitalismo de vigilância é:

Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas; 2. Uma lógica econômica parasítica na qual a produção de bens e serviços é subordinada a uma nova arquitetura global de modificação de comportamento; 3. Uma funesta mutação do capitalismo marcada por concentrações de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história da humanidade; 4. A estrutura que serve de base para a economia de vigilância; 5. Uma ameaça tão significativa para a natureza humana no século XXI quanto foi o capitalismo industrial para o mundo natural nos séculos XIX e XX; 6. A origem de um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado; 7. Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada em certeza total; 8. Uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser mais bem compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos.

O capitalismo de vigilância é um sistema de caráter neoliberal que ganhou novos “delineamentos com a expansão das grandes empresas que representam o mercado de tecnologia, responsáveis por grande parte do ecossistema de alimenta a coleta, o armazenamento, o tratamento e com-

2 “Para Tepedino (2004) os direitos de personalidade são os essenciais à tutela da pessoa humana, considerando a proteção da sua dignidade e integridade. Os direitos da personalidade, portanto, protegem o que o ser humano possui de mais ímpar, suas características individuais, que não subsistem diante de imposições arbitrárias ou desrespeito aos limites de interferência na esfera individual, bem como diante de ofensa à sua integridade, seja física ou mental. No Brasil, os direitos da personalidade estão previstos entre os arts. 11 e 21 do Código Civil (Brasil, 2002). Contudo, parte da doutrina (compreende que o rol do codex não é taxativo e que a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, seria uma cláusula geral de proteção da personalidade do indivíduo (ex: Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes)” (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 36).

partilhamento de dados” (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 37). Conforme Sampaio *et al.* (2021, p. 92), hodiernamente persiste uma cultura de vigilância que tende a normatizar novas condutas abusivas com base em uma política econômica, “dificultando a conscientização das pessoas quanto aos abusos praticados pelas plataformas de mídia digital, principalmente quanto à extração e à análise dos seus dados sem consentimento e sem observar a devida transparência”.

Apesar da inovação e dos benefícios observados por este contexto, a indagação ética acerca da transparência³ é preocupante diante da possibilidade de utilização destes dados e/ou que estes sejam compartilhados, trocados ou vendidos em razão das informações que podem representar ao ecossistema do capitalismo de vigilância, fundamentado no direcionamento de conteúdo e de publicidade em rede⁴.

De acordo com Zuboff (2021), uma das agendas do capitalismo de vigilância é atingir a dimensão da profundidade – que significa extrair um *superávit* comportamental altamente lucrativo e preditivo por meio dos dados – que se converteriam em padrões íntimos. Essas “operações de suprimento são dirigidas a sua personalidade, a seus estados de espírito e suas emoções, a suas mentiras e vulnerabilidades. Todo nível de intimidade teria de ser capturado de modo automático⁵ [...]” para dar rumos de certeza à gestão de dados pelas empresas.

Destaca-se que a vigilância atual ultrapassa um cenário externo de previsão acerca da localização, mediado por câmeras e dispositivos de rastreamento e observação. O novo capitalismo tem por escopo “se apoderar de vulnerabilidades psíquicas do ser humano, de modo que este responda aos comandos de compra, engajamento e compartilhamento de forma não reflexiva, com base na gamificação⁶ e em recompensas imediatas”, proporcionadas pelos algoritmos sedutores da rede (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 38).

Para Fornasier e Knebel (2021, p. 1010), o grande legado deste momento histórico é a consagração da “individualização” dos consumidores – que permite exercer escolhas e decidir ofertas – de acordo com uma demanda qualificada por meio dos dados. Noções de burocracia, concreti-

3 “A mercantilização do comportamento sob o capitalismo da vigilância impõe uma divisão do conhecimento protegida pelo segredo, é indecifrável e tecnocrática, sendo forjada a partir dos dados pessoais e retornando ao usuário como falsa participação na produção dos sistemas, pois há, em paralelo, um amplo sistema de uma mais-valia de comportamento — ou seja, as pessoas produzem a matéria-prima de que deriva essa mais-valia, que é manipulada em um cenário sem qualquer controle social, portanto, sem que as pessoas tenham qualquer acesso àquilo que deriva de suas próprias experiências” (Fornasier; Knebel, 2021, p. 1015).

4 “O surgimento do *marketing* direcionado promovido pelo Google teve como fundamento uma vantagem mercadológica incontestável: o conhecimento prévio sobre a forma com que as pessoas realizavam buscas em sua ferramenta. Para Zuboff (2019), essa mudança na forma de anunciar é um dos elementos que marcam o início do capitalismo de vigilância” (Meiros, 2021, p. 32).

5 “achatado numa maré de pontos de dados para as esteiras de montagem das fábricas que se estendem rumo à certeza manufaturada” (Zuboff, 2021).

6 “A demanda atual exige, portanto, além de habilidades cognitivas, também competências emocionais, já que as emoções se tornaram matéria-prima para a otimização da comunicação. E a este cenário é fundamental o processo de gamificação. A ambientação do jogo gera mais produtividade e rendimento, isso porque o jogador tende a se envolver mais emotivamente do que o trabalhador, que atua em uma função racional. O imediatismo igualmente é inerente ao jogo, que propicia a sensação de êxito e de recompensas imediatas (aqui se insere a importância dos *likes*, do compartilhamento, do número de seguidores e do engajamento)” (Han, 2020, p. 69).

zação, padronização, soluções coletivas e hierarquização cedem espaço para a individualização e o trabalho diferenciado – conforme as necessidades e, sobretudo, o desejo do consumidor (o que em um primeiro momento pode parecer nuances de autodeterminação em um habitat neoliberal).

Destaca-se que o Estado burocrático é visto por esta ordem neoliberal como um grande limitador da inovação e do empreendedorismo tecnológico. “A ausência de regulação desse setor, ancorada em sua estruturação privada, possibilita que empresas atuem fora da lógica liberal de mercado, erguendo um dos maiores monopólios contemporâneos” (Meireles, 2021, p. 29).

O usuário, aparentemente, “muito tem a ganhar com esta individualização”. Se outrora os produtos eram feitos com base na média os consumidores (formulada e analisada por meio de pesquisas tradicionais), “hoje podem ser individualizados, conforme a preferência e os dados coletados acerca deste consumidor, que aos poucos aprende a ser “mimado” (querer tudo do que seu jeito e com a sua cara)” por esse “inofensivo” capitalismo de vigilância (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 38).

Saliba (2021, p. 311) evidencia, portanto, que os “modos de subjetivação nas redes sociais são então explorados a partir do registro e do desejo de visibilidade na internet”. De acordo com Fornsier e Knebel (2021, p. 1014), o grande produto deste mercado fundamentado na vigilância é a venda de certezas, consolidando necessidades de acordo com o mercado (utopia de certezas mercadológicas). O controle total da condição política do usuário, com a instrumentalização deste capitalismo, cede espaço para a “liberdade de comportamento”, concomitante à dominação sobre os mercados. O usuário tem uma falsa sensação de liberdade quando consome porque os produtos oferecidos, aparentemente, representam uma solução exata para a sua queixa, seu problema ou sua vontade.

Esse é o cenário evidenciado por Zuboff. O usuário que consente com a coleta não tem a dimensão de quais dados são coletados e como estes podem ser utilizados; os que não consentem não têm como saber se realmente os dados não são coletados; em alguns casos, o não consentimento significa exclusão da rede; ainda, há a possibilidade de que estas plataformas e empresas utilizem processos e meios inadequados para adquirir esse consentimento.

Esse desconhecimento geral acerca e como estes dados são utilizados “propicia uma liberdade exacerbada para que as empresas se beneficiem do capitalismo de vigilância” (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 39). O Estado neoliberal “não intervém, pelo contrário, é parceiro do setor privado na implementação da infraestrutura tecnológica”. Tal dinâmica esclarece que o “indivíduo é, ao mesmo tempo, consumidor e fonte de informação, fazendo com que a lógica da troca mútua não mais se aplique”. Meireles (2021, p. 33) ressalta que “essas empresas auxiliam na transformação da força de trabalho, tornando turbulento um balanço secular entre o capitalismo de mercado e as democracias liberais”.

Rodrigues e Marchetto (2021) afirmam que esse sistema necessita que as pessoas forneçam de forma livre informações aos mecanismos de controle, ainda que sob constante vigilância. É necessário pontuar que o fornecimento tem que ser consensual, para não se converter em ofensa

à privacidade e à proteção de dados pessoais.⁷ Uma das melhores formas de conseguir isso ainda é concedendo vantagens econômicas e sociais aos usuários. Conforme Zuboff (2021), a dependência do capitalismo de vigilância de “operações secretas significa que a maioria de nós apenas não sabe — e não pode saber — a extensão da atividade do nosso telefone também como um dispositivo de rastreamento para a vigilância corporativa”.⁸

Na visão de Deleuze (1992), a vigilância sofreu grandes alterações com a interatividade em rede. Se antes era pontual com o panóptico, agora, com a Internet e as novas tecnologias passou a ser contínua, sutil e cercada de técnica e protocolos. De acordo com Pereira, Segre e Nascimento (2013, p. 72), em que pese os benefícios da virtualização das atividades humanas, há hoje uma cobrança externa para que as pessoas utilizem e interajam em rede (cobrança, esta, fundamentada na vigilância – mascarada de liberdade e promessa de escalabilidade). Quem não está conectado é excluído, podendo sentir a angústia da perda e do não atendimento de uma demanda. Enquanto o empoderamento do usuário representa uma escravidão, especialmente porque os limites do virtual passam a se misturar com o espaço familiar, do lazer e do trabalho.

A vida virtual (que tende a ser editada – representando, muitas vezes, uma faceta idealizada do usuário – a vida como este gostaria que fosse e parecesse, e não como é) aos poucos se confunde com a vida que antes era pessoal e privada. Com a utilização da rede para uma série de atividades diárias (trabalho, educação, lazer, relacionamentos) o tempo que os usuários ficam expostos à vigilância é cada vez maior.⁹

2 TECNOLOGIAS VESTÍVEIS E A COLETA DE DADOS SOBRE SAÚDE

As tecnologias vestíveis podem coletar dados sobre batimentos cardíacos, pressão arterial, qualidade de sono, calorias perdidas durante o dia, ciclo menstrual, temperatura corporal, saturação do oxigênio, níveis de glicose e verificações quanto à animosidade, irritabilidade e performance física.¹⁰

7 “O *Facebook*, outrora pensaram, era o “nosso lugar”, tão benigno e subestimado como a velha rede telefônica, um elemento necessário para a associação, a comunicação e a participação social. Em vez disso, o *Facebook* se tornou uma das fontes mais autoritárias e ameaçadoras de superávit comportamental preditivo a partir das profundezas das informações. Com uma nova geração de ferramentas de pesquisa, ele aprendeu a assaltar o seu “eu” justo através de seu núcleo mais íntimo. Novas operações de suprimento podem renderizar como comportamento mensurável tudo, desde nuances de personalidade até a sua noção de tempo, orientação sexual, inteligência e dezenas de outras características pessoais. As imensas capacidades de inteligência de máquina da corporação transformam esses dados em vívidos produtos de predição” (Zuboff, 2019).

8 “A lógica do controle total sobre os indivíduos advém necessariamente da informatização dos ambientes de vivência, no qual passa a ser uma demanda política dos Estados o controle social amplo e geral, da mesma maneira passa a ser uma demanda mercadológica o controle de informações, capazes não somente de serem vendidas ou cedidas ao Estado, mas capazes de estabelecer diretrizes certas de oferta individualizadas de produtos e serviços” (Rodrigues; Marchetto, 2021, p. 123).

9 “A adoção massiva da internet e dos equipamentos digitais acabaram por facilitar o estabelecimento da chamada sociedade de controle, manifestada claramente pelo controle exercido de forma constante, invisível e *ex ante*” (Rodrigues; Marchetto, 2021, p. 124).

10 “Os *wearables* podem contribuir para o acompanhamento e a manutenção de um estilo de vida mais saudável, evitando, com as medidas acima citadas, parte do estresse, da ansiedade e do aparecimento de sintomas de doenças crônicas e de males como a depressão, tendo em vista o potencial que boas práticas de saúde possuem para fins de prevenção e cuidados médicos” (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 36-37).

É importante destacar que, até pouco tempo, o monitoramento contínuo de sinais fisiológicos e vitais só era possível no ambiente hospitalar. Conjuntura que foi modificada com o surgimento das tecnologias vestíveis, que possibilitam a coleta precisa, contínua e em tempo real de sintomas e parâmetros fisiológicos. Os sensores de movimento são relativamente baratos, pequenos e recarregáveis, e coletam, processam e comunicam informações importantes. Tendo em vista o alto custo dos cuidados com saúde, é fundamental seguir abordagens mais eficientes quanto à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento, de modo que os *wearables* auxiliam muitos pacientes que necessitam de acompanhamento contínuo de seus sintomas, diminuindo também a necessidade de visitas constantes ao médico (Kumar; Vigneswaran, 2015; Geraldo, 2018, p. 61; Tobbin; Cardin, 2021; Ellouze *et al.*, 2013).

O acompanhamento constante dos sintomas e parâmetros fisiológicos pode significar também maior percepção de segurança (sob o ponto de vista psicológico e mental) por parte dos pacientes, que, em seus lares, podem realizar medições diárias e comunicar a equipe médica caso verifiquem alterações significativas por meio de seus dispositivos móveis.

Os vestíveis voltados às atividades esportivas e ao desempenho, por meio de dados coletados sobre saúde, também podem auxiliar o indivíduo a se manter no peso ideal, a gerir a quantidade de calorias ganhas ou perdidas ao longo do dia e da semana, bem como o tempo e a qualidade do sono. As mulheres podem melhor acompanhar o ciclo menstrual, o período de ovulação e, quando grávidas, seus parâmetros fisiológicos, isto é, os *wearables* podem contribuir para o “acompanhamento e a manutenção de um estilo de vida mais saudável, evitando, com as medidas acima citadas, parte do estresse, da ansiedade e do aparecimento de sintomas de doenças crônicas e de males como a depressão”, tendo em vista “o potencial que boas práticas de saúde possuem para fins de prevenção e cuidados médicos” (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 37).

Hodiernamente, os dados pessoais são o principal insumo dos mercados financeiro e tecnológico (este último em expansão exponencial), já que as redes sociais, as páginas, os *sites* e os aplicativos, que costumam ser de utilização gratuita, coletam todos os dias informações sobre seus usuários que podem impulsionar seu engajamento e aumentar seus valores de mercado e também ser úteis para empresas privadas e para o Estado.

Com a escalabilidade proporcionada pelo ambiente *online*, as plataformas digitais se tornaram grande vitrine para a publicidade e para pessoas/empresas que desejam anunciar negócios e serviços aos usuários destas redes. Assim, é um engano considerar que o usuário não paga pelo acesso a estes dispositivos, uma vez que a moeda de troca são seus dados, que se convertem em publicidade de produtos/bens/serviços de forma direcionada, com base em seus interesses, preferências e padrões de comportamento *online*. Esta economia que gira em torno dos dados dos usuários no ambiente virtual sustenta o capitalismo de vigilância.

Quanto às tecnologias vestíveis, verifica-se que estas podem conceder dados muito importantes para este mercado tecnológico, sobretudo sobre performance física e saúde. No entender de

Faccioni Filho (2016, p. 48), há muitos questionamentos acerca da utilização dos vestíveis, “seja de fundo médico, seja de fundo ético, comercial ou de segurança e privacidade. Tantas informações pessoais disponíveis na Internet das Coisas poderão ser usadas de forma não esperada ou desejada”.

Bauman (2010, p. 20) observa que, atualmente, “os próprios usuários consentem em abandonar sua privacidade “em troca das maravilhas oferecidas na Internet”, confundido o que “deveria ser público” com o que “deveria ser privado”. Para o autor, diante do tema vigilância no contexto informático, questões como “anonimato, confidencialidade e privacidade não devem ser ignoradas”, uma vez que estas constantemente se relacionam com “imparcialidade, justiça, liberdades civis e direitos humanos”. Logo, os usuários passam a ter um “papel ativo em sua própria vigilância e fala em sociedade confessional, onde a vida social já se transformou em cibervida”, visto que “o medo da exposição foi abafado pela alegria de ser notado” (Bauman, 2010, p. 29; Corso, 2014, p. 5-6).

Diante do contexto de monetização de dados pelo mercado econômico e de tecnologia há o risco de que os dados coletados por meio dos *wearables* sejam utilizados para fins de vigilância excessiva e para o direcionamento de conteúdos e publicidade comportamental fora dos limites do consentimento do usuário. O que se indaga é se estas tecnologias não seriam somente mais uma modalidade que coopera para os objetivos de coleta de dados das *BigTechs*, que têm demonstrado publicamente que se interessam pela criação de *devices* na área da saúde.

3 WEARABLES NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: PRODUTIVIDADE, IMPOSIÇÃO DE COMPORTAMENTO E ENGESSAMENTO DA PERSONALIDADE

A popularização da utilização das tecnologias vestíveis, que coletam dados sobre saúde, de certo modo, se deve à conscientização, na sociedade pós-moderna, quanto à necessidade de manutenção de um estilo de vida saudável e que propicie a prevenção de doenças, especialmente tendo em vista as possibilidades de diagnóstico precoce e tratamento alcançadas graças ao avanço da medicina e dos cuidados com saúde.

O que, inicialmente, pode parecer maior nível de consciência coletiva quanto à indispensabilidade do bem-estar físico e mental, é um paradoxo dos tempos pós-modernos, já que poucas vezes na história da humanidade se trabalhou tanto como agora, se falou em aparecimento de doenças, especialmente crônicas e mentais, em esgotamento e em como a alimentação humana está distante da que poderia ser considerada mais saudável, em especial diante do consumo de industrializados e de *fast food*, de modo que mais faz parecer que os *wearables* funcionam dentro de uma lógica de:

[...] necessidade de constante cuidados com saúde, face ao esgotamento físico e mental do ser humano, em razão do seu estilo de vida gradativamente desregrado, voltado sobretudo para a produtividade, de modo que para alcançar níveis ilimitados de desempenho é necessário cuidar da qualidade do sono, da alimentação, meditar e se exercitar regularmente. Isto é, autocuidado e autoconhecimento são incentivados já que promovem maiores resultados na sociedade neoliberal (contexto que será melhor explorado no terceiro capítulo) e sempre é possível adaptar e melhorar

este corpo, que não mais pode ser falível, já que incompatível com as promessas futuras balizadas pelas inovações tecnológicas (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 37).

Corroborando com tal afirmação o fato de que o discurso publicitário em torno das tecnologias vestíveis é que estas possibilitam maior performance física e gestão do tempo, desempenho e produtividade, bem como que os dados coletados se convertem em autoconhecimento e otimização. Cita-se alguns *slogans*: “*Reveal more about your health and your heart*” (Fitbit Versa 2); “*Find inspiration for miles with a deeper understanding of your body and health*” (Fitbit Charge 4); “*Sempre à vista, sempre de olho*” (Apple Watch S5); “*Aprimore-se e viva melhor*” (Xiaomi MiBand 4) (Bitencourt, 2020, p. 161).

Dentre os fatores que influenciam a adoção de tecnologias vestíveis, destacam-se, segundo Cantanhede *et al.* (2018, p. 263) a “preferência dos usuários pela diferenciação social a partir da obtenção de *status*, a utilização do dispositivo para fins hedônicos, que concedem momentos de prazer e diversão”, podendo “a compra ser justificada por motivações utilitárias, sendo estas possibilitadas por intermédio da convergência de diversos elementos funcionais presentes nesse dispositivo”. Como já mencionado, as tecnologias vestíveis costumam estar associadas a marcas de prestígio e *status* social.

De acordo com Rüdiger (2011) também é um reflexo da cibercultura o fenômeno de conexão entre seres sociais e suas tecnologias e que os aparelhos e dispositivos eletrônicos passem a funcionarem como extensão do corpo humano, sendo ele parte integrante.

Uma das discussões que permeiam os vestíveis e os demais dispositivos relacionados à Internet das Coisas é a real utilidade dos produtos (Magrani, 2019) e dos dados por eles coletados quanto a pessoas que não têm qualquer doença ou condição que incentive o monitoramento remoto de sintomas e parâmetros fisiológicos ou atletas de alta performance, ou seja, questiona-se até que ponto os dados coletados propiciam autoconhecimento para o cidadão comum e/ou usuário destes dispositivos.

Zuboff (2021) pontua que os vestíveis ainda são considerados para seus usuários como “brinquedos”, de forma que a maioria ignora o processo de renderização do corpo¹¹. A autora prevê que os vestíveis se transformarão em “*chips*”¹² emocionais”, que captarão a emoção das pessoas,

11 O termo “renderização” é utilizado para designar o processamento de uma combinação de dados que consistem em imagens, áudio, vídeos, transições, legendas. Renderização do corpo é, portanto, analisar uma série de dados fisiológicos de modo a chegar em previsões complexas. Conforme Zuboff (2021) “há muitos territórios novos de renderização do corpo: órgãos, sangue, olhos, ondas cerebrais, rosto, modo de andar, postura. Cada um deles expressa os mesmos padrões e propósito que vimos aqui. Os capitalistas de vigilância combatem de maneira implacável qualquer tentativa de restringir a renderização. A ferocidade com que reivindicam seu “direito de renderização” a partir do nada serve como ampla evidência da importância fundamental dele na busca por receitas de vigilância. Essa ferocidade é bem ilustrada na determinação dos capitalistas de vigilância para desencorajar, eliminar ou enfraquecer quaisquer leis dirigidas à renderização da informação biométrica [...]”.

12 Conforme Gangadharbatla (2020) e Tobbin e Cardin (2022b, p. 116), os dispositivos tecnológicos incorporados ao corpo humano são diferentes das tecnologias vestíveis, sobretudo em razão do maior risco associado à adoção e à utilização de implantes. “A tecnologia incorporada envolve uma interação mais profunda com o corpo humano, que pode se dar por meio cirúrgico ou mediante implantes com chips sob a pele, e tem a capacidade de coletar mais dados

ao mesmo tempo que produzirão “pulsos de emoção” como se fossem notificações de um celular (como se fosse uma máquina de alto desempenho da consciência das emoções”). Zuboff (2021) evidencia que os desenvolvedores dos dispositivos enfatizam que os vestíveis precisam ser “discretos” para não assustar. Devem ser “contínuos”, “penetrantes” e de “baixo custo” para conseguir “economias de escopo”¹³.

Como observa Han (2020) diante da possibilidade de domínio dos dados, há uma crença na mensuralidade e na quantificabilidade da vida, bem como que estes geram autoconhecimento, dinâmica já visualizada com o discurso publicitário dos *wearables*. Conforme Han:

[...] o corpo é equipado com sensores que registram dados automaticamente. São medidos a temperatura corporal, os níveis de glicose, no sangue, a ingestão e o consumo de calorias, os deslocamentos ou os níveis de gordura corporal. Durante a meditação os batimentos cardíacos são medidos. Até mesmo nos momentos de repouso o desempenho e a eficiência têm importância. Estados de ânimo, sensações e atividades cotidianas também são registrados. O desempenho corporal e mental deve ser melhorado através da autoavaliação e do autocontrole. No entanto, o puro acúmulo de dados não responde à pergunta *quem sou eu?* O *quantified self* também é uma técnica dataísta de si que o esvazia completamente de sentido. O si mesmo é desmanchado em dados até que se torne insignificante [...] (Han, 2020, p. 84).

A grande questão é que, por mais abrangentes e complexos, os dados não produzem autoconhecimento (como prometem os *wearables*¹⁴). “Os números não *contam* nada sobre o “eu”. Não há narrativa. Mas o “eu” se deve a uma *narrativa*. Não é a contagem, mas a narrativa que conduz ao encontro de si e ao autoconhecimento” (Han, 2020, p. 84, grifo do autor). Os dados, que devem ser previsíveis, também são óbices, portanto, à individualidade, à subjetividade e à diferença. Neste sentido, a manifestação da personalidade do indivíduo, que é única, só é tolerada quando se prestar à ótica do consumo e do mercado. “O próprio dataísmo reforça o *crescer tornando-se igual*” (Han, 2020, p. 104).

Os dados coletados pelos *wearables*, em conjunto com outros coletados pelos *smartphones*, as redes sociais e os dispositivos tecnológicos já permitem traçar um perfil “emocional das pessoas, isto é, a análise conjunta de todos os dados deixados pelo usuário por meio da utilização de diversos dispositivos já possibilita exames sobre seu comportamento, estados mentais e emocionais” (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 40).

personais do que *smartwatches*, tecidos inteligentes e *smartphones*”, o que também pode representar “maior risco em relação a questões quanto à privacidade”.

13 “A empresa de *marketing* digital *Ovum* prevê 650 milhões de vestíveis em 2020, quase o dobro do número usado em 2016, e sua pesquisa sugere que o crescimento é em grande parte guiado pela atração provocada pelas receitas de vigilância. Segundo afirma, anunciantes em dispositivos móveis veem os vestíveis como “uma fonte de percepção de dados muito granular e também de novos tipos de dados comportamentais e de uso. Os vestíveis do futuro serão capazes de capturar uma larga gama de dados relacionados à atividade do ambiente do usuário, sua saúde e estado emocional. Essa informação pode ser usada para melhorar e confeccionar tanto produtos quanto mensagens de marketing num grau avançado [...]” (Zuboff, 2021).

14 “O dataísmo, ao contrário, esvazia o automonitoramento (*self-tracking*) de qualquer ética e *verdade* e o transforma em mera técnica de autocontrole. Os dados coletados também são publicados e trocados. Assim, o automonitoramento se assemelha cada vez mais à autovigilância” (Han, 2020, p. 85, grifo do autor).

A renderização pode ser conceituada como o processo que permite a captura do *superávit* comportamental – à medida que o indivíduo passa a ser representado pelos números registrados pelos vestíveis. Na maioria dos países a utilização destes dispositivos não é sujeita às leis de privacidade ou referentes à saúde e, mesmo nos que há legislação, essa parece não levar em conta a capacidade do fenômeno do capitalismo de vigilância (Zuboff, 2021). Diante da análise destes padrões comportamentais e emocionais dos usuários é possível criar redes de reforços de recompensas, reconhecimento e elogios aos que cumprem com as atividades diárias e o estilo de vida incentivado pelos vestíveis (Tobbin; Cardin, 2022b, p. 40-41). No ambiente de trabalho pode ser pior ainda, já que, segundo Zuboff (2021), as “tecnologias invasivas são normalizadas entre populações cativas de empregados”¹⁵⁻¹⁶.

A escolha do trabalho pela exposição acerca do cenário do capitalismo de vigilância não é inflamar o discurso crítico que tenta barrar a evolução científica, mas sim evidenciar a necessidade de imposição de limites éticos para o desenvolvimento destes dispositivos de inteligência artificial, barrando o capitalismo selvagem que cada vez mais vulnerabiliza o usuário em rede. Quanto à possibilidade de controle do indivíduo, tanto de suas ações como emoções, verifica-se que os *wearables* representam modalidade de dispositivos com alto potencial de vigilância e que ainda não ganharam a devida atenção, já que ainda são tratados como brinquedos, simples relógios e pulseiras inteligentes, de modo que os dados por eles coletados, bem como o seu tratamento ainda são dinâmicas desconhecidas pelos usuários.

É interessante notar que a proposta dos *wearables* se assemelha, de certa forma, a do *biohacking*, que é tornar o ser humano mais forte e inteligente por meio da otimização de habilidades, com auxílio da suplementação e/ou tecnologia. O escopo é dar ao indivíduo mais saúde, consciência e produtividade e, para apresentar melhores resultados, é fundamental ampliar a consciência corporal e mental: gerenciar pensamentos, aumentar a qualidade do sono e da alimentação, mudar o ambiente e ter melhores relacionamentos interpessoais (Tobbin; Cardin, 2022a).

O *biohacking* é a junção da engenharia biológica com a engenharia cibernética. Por meio de técnicas nutricionais, médicas e eletrônicas seria possível superar doenças incuráveis e deficiências, assim como diminuir/amenizar limitações funcionais (Vilaça; Dias, 2014; Luca; Bosco, 2020;

15 “Em julho de 2017, a fase de redirecionamento tornou-se pública com um post no blog que anunciava a introdução de uma nova iteração do Google Glass para o mundo, agora como “*Glass Enterprise Edition*”. Dessa vez não haveria ataque direto ao espaço público. Em vez disso, era uma retirada estratégica para o ambiente de trabalho — o padrão-ouro em termos de contextos de habituação, uma vez que tecnologias invasivas são normalizadas entre populações cativas de empregados. Trabalhadores em muitas áreas, como as de indústria, logística, serviços de campo, de saúde, julgam útil consultar um dispositivo vestível para informação e outros recursos enquanto suas mãos estão ocupadas”, escreveu o líder do projeto, e a maioria das matérias na imprensa louvou a iniciativa, mencionando aumentos de produtividade e eficiência em fábricas que implantaram o novo *Glass*. Poucas pessoas reconheceram que a habituação ao Glass no local de trabalho era com toda a certeza uma porta dos fundos para o Glass nas nossas ruas ou que as propriedades intrusivas de vigilância do dispositivo, na mesma medida, seriam impostas a mulheres e homens solicitados a usá-lo como condição de serem e se manterem empregados” (Zuboff, 2021).

16 “O ponto em questão é que não se trata de uma vigilância verticalizada, realizada por parte do Estado, ou por corporações de tecnologia, mas de um monitoramento automatizado realizado por algoritmos inteligentes” (Meireles, 2021, p. 37).

Tobbin; Cardin, 2022a; Covarrubias, 2020)¹⁷⁻¹⁸. A vertente mais branda do *biohacking* se concentra na performance física, com foco em regimes, no controle de sono e na suplementação para potencializar as capacidades físicas e cognitivas, com base em aplicações tecno-científicas, que podem ser implantadas pela pessoa ou por meio de acompanhamento médico e laboratorial (Kawanishi; Lourenção, 2019).¹⁹⁻²⁰

Como pontua Furtado:

O conceito de tratamento implica na limitação de esforços médicos, à correção de disfunções orgânicas. Para tanto, toma-se como referência um padrão de normalidade, do qual o sujeito enfermo será novamente restituído. Por sua vez, o melhoramento busca ir além da restituição da saúde, conferindo novas capacidades aos indivíduos, através de procedimentos diversos, tais como: edição genética, medicações, interfaces cérebro-máquina, biopróteses, nanotecnologia, entre outros. Os objetos destas intervenções seriam a cognição e os estados de humor, a performance física, a longevidade e a reprodução (Furtado, 2017, p. 236).

A partir de uma perspectiva bioética e jurídica seria importante definir qual seria a noção a ser adotada de “disfunção orgânica” ou de “padrão de normalidade”. A edição genética e as intervenções na reprodução e na longevidade ainda são muito questionadas pela comunidade científica, “sendo proibidas em muitos países porque podem ser utilizadas para fins de controle social, eugenia (negativa ou positiva), objetificação do ser humano e de sua existência para fins arbitrários, egoístas e comerciais”²¹. Ainda, intervenções cognitivas e de estados de humor “levantam questionamentos acerca da capacidade de manipulação das mentes, mas parecem ser o investimento do presente e a realidade do futuro, pelo menos sob o ponto de vista de experimentos com inteligência artificial e biotecnologia” realizados por *startups* e pelo mercado tecnológico (Tobbin; Cardin, 2022a, p. 115).

17 Na Europa, o *biohacking* e experimentos de conexão com máquinas já existe pelo menos desde a década de 1990, por meio de *startups* vinculadas a laboratórios de universidades como a Cambridge, a Karolinska em Estocolmo, e a Freiburg, na Alemanha (Marinho, 2020; Tobbin; Cardin, 2022b).

18 A empresa BIOS tem por objetivo utilizar implantes para devolver a atividade cerebral em casos de doenças ocasionadas pela falha de comunicação entre o cérebro e outros órgãos por meio de implante que extraia dados cerebrais. Em 2018, uma parceria com a Nvidia Corporations foi estabelecida para desenvolver interfaces neurais que possibilitariam que dispositivos externos se comunicassem diretamente com o sistema nervoso. Como explicam seus fundadores, a tecnologia seria como uma “porta USB” para captar o código neural de cada pessoa. Com a inteligência artificial e técnicas de *big data* seria possível encontrar linguagens subjacentes (Marinho, 2020; Tobbin; Cardin, 2022b).

19 A *startup* alemã CereGate, fundada em 2019, obteve investimentos após primeiros resultados com mais de 15 pacientes acerca de estimulação cerebral profunda, mediante a implantação de um *hardware* no cérebro e na medula espinhal. A empresa também possui um software que é capaz de enviar impulsos elétricos, interpretando a atividade neural e “escrevendo” informações no cérebro do paciente (Marinho, 2020; Tobbin; Cardin, 2022b).

20 A promessa para o futuro da empresa *Neuralink* é, em termos gerais, conectar cérebros humanos com computadores e curar, por meio de estímulos elétricos, doenças como a perda de memória, visão ou movimentos, audição, dores crônicas, convulsões, depressão, insônia, ansiedade e vícios. Contudo, até o momento os resultados apresentados foram tímidos, com respostas sensoriais apenas em porcos, em comparação com o grande investimento até o presente momento (Duarte, 2020; Tobbin; Cardin, 2022b).

21 Na área da biotecnologia também se discute o aprimoramento humano por meio da reprodução humana assistida e da técnica CRISPR Cas, que tem gerado enorme progresso nos últimos anos e pesquisas. Espera-se que no futuro esta técnica permita a cura de doenças raras ou catastróficas como câncer, anemia congênita, diabetes, entre outras. A aplicação desse sistema também permitiria avanços na área da saúde quanto ao combate de doenças como HIV, malária, Zika vírus, dengue e SARS-CoV, sendo possível interromper o avanço da resistência bacteriana a antibióticos, diminuir a virulência e infecções (Gonzalez-Avila *et al.*, 2021; Tobbin; Cardin, 2022b, p. 117).

A utilização das tecnologias vestíveis no ambiente corporativo pode ocasionar sérios riscos ao empregado, uma vez que seria possível ao empregador o acesso a informações inadequadas, controlar a produtividade, a concentração e treinar funcionários com base em sinais fisiológico, o que os deixa vulneráveis a casos de assédio e à potencial divulgação dos dados sem consentimento²² (Chauriye, 2016).

Com a possibilidade de criação de bancos de dados tanto de caráter positivo como negativo dos consumidores destas tecnologias vestíveis por empresas privadas e pelo Estado, é possível que as pessoas também sejam analisadas sob o ponto de vista de sinais fisiológicos e performance física, promovendo análises que antes impensadas e quem prejudicar o cidadão com base em sua condição física, seu desempenho e sua produtividade, interferindo em sua privacidade, principalmente no ambiente corporativo e de trabalho.

O tratamento de tais dados, que em um primeiro momento podem ser considerados inofensivos, permite, portanto, a elaboração de inferências complexas, distantes e superiores aos aparentes objetivos destes dispositivos (expectativa de monitoramento da performance física). Destaca-se que com o avanço exponencial da tecnologia é possível que o exame dos dados coletados pelos *wearables* possa inferir estados mentais e ações em nível pré-reflexivo, tais como a animosidade, e indicar possíveis sentimentos e pensamentos em análises complexas – contexto que foge da ação e do resultado.

Embora ainda distante e utópica, a série *Severance*²³ aborda questões que devem ser discutidas quanto aos limites éticos e jurídicos da utilização da tecnologia para fins de controle, vigilância, servibilidade e expressão/manutenção da identidade. De acordo com a narrativa, um grupo de trabalhadores se submeteu a um procedimento cirúrgico, por meio da implantação de um *chip*, que dividiu suas memórias em “compartimentos”, um para a vida profissional e outro para a vida pessoal. Ao entrar no elevador da empresa, os empregados esquecem como é a vida fora do trabalho²⁴, se possuem família, amigos, *hobbies* etc., enquanto fora do trabalho não se lembram de nada do que acontece durante a jornada laboral (Carneiro, 2022).

Uma das justificativas para o procedimento é que a produtividade das empresas também poderia aumentar se os funcionários conseguissem se desligar dos problemas pessoais (Martínez, 2022). O triunfo da companhia é propagar a ideia de que é possível separar vida pessoal da vida no trabalho, tornando essa mais leve e a atividade laboral mais eficiente, já que os empregados não

22 Na Suécia, por exemplo, algumas empresas já utilizam a implementação de chips em funcionários para substituir cartões, abrir portas, operar máquinas etc (Petersén, 2019; Tobbin; Cardin, 2022b, p. 116-117).

23 *Severance* (2022) é uma série de ficção científica, com estreia em 2022, disponível na *Apple TV+*, criada por Dan Erickson e produzida e em parte dirigida por Ben Stiller. Mark (Adam Scott), o personagem principal, trabalha em um escritório minimalista, com divisórias brancas, mesas vazias e sem janelas, junto com Irving (John Turturro), Dylan (Zack Cherry) e Helly (Britt Lower) nas Indústrias Lumon, sendo supervisionados por Harmony Cobel (Patricia Arquette).

24 A série discute questões ligadas à Neurociência e à Psicologia quanto ao funcionamento do cérebro como um órgão unificado ou ramificado, separado em uma série de estruturas e que poderiam ser remodeladas, bem como a coerência entre ações e sentimentos e se o “eu” não seria uma ilusão (Brooker, 2022).

mais necessitam lidar com questões concernentes a possíveis desequilíbrios emocionais e problemas no trabalho não tomariam mais contornos desnecessários na vida pessoal.

Com o tempo, os funcionários começam a questionar quais seriam as reais intenções das forças que moldam suas vidas. Aos olhos do espectador é nítido que a empresa Lumon promove experimentos com o intuito de desorientar e alienar os trabalhadores quanto ao tempo e espaço. Eles não têm ideia de onde estão ou da contagem do tempo ou anos. A sensação é de atemporalidade, com a combinação de tempos diferentes (Vincentelli, 2022).

Para Foucault (2013, p. 116) é dócil “o corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado:

[...] em qualquer sociedade, o corpo é alvo de poderes muito estritos, que lhe impõem condicionalismos, interdições ou obrigações. No entanto, há várias coisas novas nessas tecnologias. Em primeiro lugar, a escala do controle: não se trata de cuidar do corpo, em massa, por atacado, como se fosse uma unidade indissociável, mas de o trabalhar em pormenor; trata-se de exercer sobre ele uma coerção sutil, de assegurar controle ao próprio nível da mecânica – movimentos, gestos, atitudes, rapidez: poder infinitesimal sobre o corpo ativo. Segundo o objeto do controle: já não os elementos significantes do comportamento ou a linguagem do corpo, mas a economia, a eficácia dos movimentos, a sua organização interna; a coerção incide mais nas forças do que nos signos; a única cerimônia que importa realmente é a do exercício. Por último, a modalidade: implica uma coerção ininterrupta, constante, que vela mais pelos processos de atividade do que pelo seu resultado, e exerce-se segundo uma codificação que controla o mais apertadamente possível o tempo, o espaço e os movimentos. Estes métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante das suas forças e que lhes impõem uma relação de docilidade, podem ser designados por «disciplinas» (Foucault, 2013, p. 117).

Foucault (2013) evidencia a capacidade das tecnologias de servir aos objetivos do poder disciplinar, uma vez que permitem vigilância constante e mensurar a disciplina do indivíduo. Destaca-se que a vigilância por parte das instituições sociais é uma espécie de prisão, já que vigia e impõe padrões corporais de utilidade, organização, trabalho e tolerância.

Já Byung-Chul Han observa que o *smartphone* é um objeto digital de devoção, que possibilita que o poder assuma forma permissiva, afável e sedutora (Han, 2020, p. 24). Novamente, a negatividade assume forma de “liberdade”. No contexto atual, o poder inteligente se volta à *psique* e, em vez que submetê-la e discipliná-la a coerções e diante de proibições, a convida a participar, dar opinião, comunicar necessidades, preferências, desejo e compartilhar sua vida, uma dominação que busca agradar e gerar dependência.

Enquanto o poder soberano ameaça a morte²⁵, o poder disciplinar afirma completamente a vida. A potência da morte é substituída pela gestão dos corpos. Uma consequência advinda da

25 Mbembe observa que, historicamente, a expressão máxima de soberania foi concebida diante da capacidade de ditar quem deveria viver e quem deveria morrer. Para o autor, “ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação do poder” (Mbembe, 2018, p. 5). A necropolítica, portanto, é uma forma de poder que evidencia a morte como legitimação do sacrifício.

Revolução Industrial, já que era necessário adaptar o corpo a uma série de normas e hábitos para a produção mecânica (transformando-o em máquina de produção). Já mais recentemente, o poder disciplinar conseguiu penetrar nas camadas mais profundas da *psique*, conhecendo seus anseios e desejos ocultos (que são incentivados, e não reprimidos, a favor da ótica mercantil e sua criação de necessidades), isto é, o neoliberalismo constatou que o controle *psique* é essencial para a produção. “Em vez de *superar* resistências corporais processos psíquicos e mentais são *otimizados* para o aumento da produtividade. O disciplinamento corporal dá lugar à otimização mental” (Han, 2020, p. 40).

Assim, o corpo, se antes era fundamental ao processo imediato de produção, agora é objeto otimização técnico-sanitária²⁶. A intervenção ortopédica cede espaço à estética. Para Han, a docilidade dos corpos, observada por Foucault, já não é mais o foco do processo de produção, já que, com a tecnologia, é possível dominar as mentes em nível pré-reflexivo, sendo a utilização dos meios digitais a serviço do neoliberalismo o ponto cego da analítica do poder de Foucault (Han, 2020).

Salienta Aymoré (2019) a análise de Foucault quanto ao biopoder estava centrada no desenvolvimento do capitalismo industrial, de forma que evidente que modificados os meios de produção e acumulação de capital novas formas de poder e de autocompreensão do sujeito surgiriam. O domínio das mentes faz com que o empresário de si mesmo da sociedade do desempenho descrita por Han (2020) se explore voluntariamente de forma apaixonada, já que:

Fazer de si uma obra de arte é uma aparência bela e enganosa que o regime neoliberal mantém para explorá-lo por inteiro. A técnica de poder do regime neoliberal assume uma forma sutil. Não se apodera do indivíduo de forma direta. Em vez disso, garante que o indivíduo, por si só, aja sobre si mesmo de forma que reproduza o contexto de dominação dentro de si e o interprete como liberdade. Aqui coincide a otimização de si e a submissão, a liberdade e a exploração. Esse estreitamento entre liberdade e exploração na forma de exploração de si escapa ao pensamento de Foucault (Han, 2020, p. 43).

Não se explora só o trabalho, mas o indivíduo por completo, até a sua própria vida²⁷. A exploração dos corpos e das mentes é gradativamente refinada e proposta por *workshops* de gestão pessoal, semanas motivacionais e treinamentos de inteligência emocional cujo escopo é a otimização pessoal e o aumento da produtividade. Conjuntura em que “bloqueios, erros e debilidades devem ser terapeuticamente removidos para melhorar a eficiência do desempenho”. Não se esquecendo que “tudo é comparável, mensurável e está sujeito à lógica do mercado” (Han, 2020, p. 45).

Destaca-se que a preocupação real não é o alcance de uma vida boa, mas a consequência da otimização pessoal: o sucesso mercantil quantificável. Por óbvio que o resultado desta busca

26 “O sujeito absolutiza a *vida nua* e trabalha. A vida nua e o trabalho são dois lados de uma mesma moeda: a saúde representa o ideal da vida nua” (Han, 2020, p. 9).

27 Como pontua Aymoré (2019, p. 109) “o sujeito do desempenho arrisca-se a perder de vista os objetivos significativos, pois investe em elementos extrínsecos, que acredita dotar a sua vida de significado, ao mesmo tempo em que expõe demasiadamente a sua subjetividade. A posse material ou a exteriorização da subjetividade podem estar sendo realizadas não por uma escolha autônoma, mas por pressões heterônomas”.

ilimitada por produtividade é a era do esgotamento e das doenças mentais, como a depressão e o *Burnout*²⁸ (Han, 2020, p. 45-46).

A psicopolítica seria então uma política que explora questões existenciais humanas angustiantes: a finitude do tempo, da existência e da contingência, de modo que o peso de todo o ser e fazer é colocado sobre o indivíduo (Mocellin, 2021, p. 104). A possibilidade de utilização dos *wearables* no meio ambiente de trabalho para fins de aumento da produtividade, do desempenho e do engajamento em tarefas por meio da gamificação em certos contextos poderia representar técnica de vigilância excessiva, com o condão de ofender a privacidade²⁹⁻³⁰, que serve nesse contexto como moeda de troca, e outros direitos da personalidade, bem como o direito à proteção de dados e a autodeterminação informativa³¹⁻³² do trabalhador.

CONCLUSÃO

Os dispositivos *wearables* permitem a coleta de dados sobre parâmetros fisiológicos do indivíduo e em certos cenários podem representar vigilância excessiva, que funciona dentro de uma ótica neoliberal de desempenho e a serviço do fenômeno de monetização de dados tão presente no capitalismo de vigilância.

Diante da evidenciada dificuldade de autorregulação por parte do mercado tecnológico cabe ao Estado impor parâmetros éticos, jurídicos e bioéticos para a criação destes dispositivos

28 O termo *Burnout* se refere a um desgaste emocional que danifica tanto o psicológico como o físico. “Podemos analisar a tradução da sigla *burn* (queima) e *out* (exterior) para verificar de forma sucinta a definição desta doença. Logo, as pressões intensas exercidas pelas relações profissionais causam um aumento no nível de stress, resultando em sintomas como fadiga, dores musculares, irritabilidade, alterações de humor e de memória, falta de apetite, baixa imunidade, depressão e até mesmo suicídio” (Silva; Wolowski, 2015, p. 363, grifo do autore).

29 Para Rodotà (2008, p. 50) o conceito atual de privacidade englobaria o controle do indivíduo sobre as próprias informações e para determinar a construção da sua esfera particular. Além disso, a “própria defesa da privacidade requer, portanto, um alargamento da perspectiva institucional, superando a lógica puramente proprietária e integrando os controles individuais com aqueles coletivos”.

30 Conforme Magrani (2019, p. 88) “a privacidade deve ser entendida de forma funcional, de modo a assegurar a um sujeito a possibilidade de conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas”, bem como o direito de manter controle sobre suas próprias informações.

31 Sarlet (2020) diferencia direito à privacidade, de direito à proteção de dados e da autodeterminação informativa. Para o autor, a proteção de dados e a autodeterminação informativa vão além da privacidade e de sua proteção, caracterizada por uma perspectiva de “recolhimento” e “exposição”. Para Rodotà, a privacidade possui uma esfera negativa e estática – pautada na impossibilidade de interferência de terceiros. Já a proteção de dados confere ao titular poderes dinâmicos e positivos, a fim de que este possua maior controle sobre a coleta e o processamento de seus dados (Sarlet, 2020, p. 33). O bem jurídico protegido pela privacidade gira em torno da informação e do sigilo, já o da proteção de dados abarca a informação, a circulação e o respectivo controle. Portanto, o objeto do direito à proteção de dados é mais amplo – abrange todos os dados que dizem respeito à pessoa natural, sendo irrelevante “a qual esfera da vida pessoal se referem (íntima, privada, familiar, social), descabida qualquer tentativa de delimitação temática” (Sarlet, 2020, p. 33). Na visão de Sarlet (2020, p. 33) a dinamicidade no âmbito das inovações tecnológicas acabou confirmando a insuficiência de um direito à autodeterminação informativa, que também não substituiu pura e simplesmente outros direitos, como a privacidade.

32 A autodeterminação informativa tem por objetivo assegurar “um direito constitucional de personalidade que tem por objeto o poder do indivíduo sobre três aspectos: de decidir sobre a divulgação e o uso dos seus dados pessoais; de decidir sobre quando e dentro de quais limites esses dados podem ser revelados; e, por fim, de ter conhecimento sobre quem sabe e o que sabe sobre ele, além de quando e em que ocasião” (Finkelstein; Federighi; Chow, 2020, p. 24).

tecnológicos, especialmente relacionados à inteligência artificial, sob pena de ofensa a direitos da personalidade do usuário, já que o discurso de que é simplesmente que compra e consente com os termos deste mercado não subsiste diante da análise da atual crise do consentimento.

É fundamental também que sejam coibidas formas arbitrárias de imposição de consentimento, como muito ocorre atualmente, já que não raro o usuário e/ou consumidor/trabalhador que não adere a tal conjuntura de vigilância e coleta de dados é excluído do âmbito de benefícios e pode ser prejudicado.

A utilização de dispositivos tecnológicos e a previsão do gradativo e corriqueiro uso destes em um futuro bem próximo, fundamentado em vigilância excessiva, deve fomentar a discussão acerca da proteção dos direitos fundamentais e da personalidade frente as inovações tecnológicas, já que parece ser ilusão que o indivíduo possui protagonismo em relação a este cenário ou formas de defender seus direitos em razão da popularização da utilização destes dispositivos, de modo que comumente precisa se adequar.

Os *wearables* possuem promessa que se assemelha à do *biohacking* e de perspectivas de melhoramento humano, uma vez que o foco é conceder maior controle sobre os dados pessoais para ampliar práticas de saúde (qualidade de sono, prática de exercícios físicos, boa alimentação etc.) para, conseqüentemente, aumentar a produtividade e a rentabilidade.

Tal discurso parece preocupado com o bem-estar do usuário, mas baliza a sua exploração pelo capitalismo de vigilância e pela sociedade neoliberal do desempenho, fundamentada na aparente possibilidade de liberdade e expressão da personalidade, mas que se converte em vigilância excessiva, ofendendo, por vezes, a intimidade e a vida privada, sendo necessária a tutela dos dados pessoais e conceder maior autonomia e protagonismo ao titular.

Com a expansão da utilização destes dispositivos, é possível que o cidadão seja beneficiado ou prejudicado de acordo com os seus padrões comportamentais e dados quanto a sua saúde no âmbito do mercado de trabalho, no sistema educacional e diante da utilização de serviços de saúde. Mesmo que este consinta com esta coleta e o tratamento dos dados, pouco possui controle sobre ela e como estes podem ser utilizados no futuro por empresas, instituições e pelo Estado. É possível que a privacidade seja utilizada no futuro como moeda de troca para benefícios por parte do cidadão que provar que possui melhor comportamento e está de acordo com normas e políticas desejadas, enquanto os que não se enquadrarem em um padrão de boas práticas desejadas pela ótica neoliberal sejam prejudicados.

Tal cenário é ainda mais preocupante em razão da possibilidade de discriminação algorítmica, já que estudos demonstram que as fases de criação, testes e implementação destas tecnologias deixam a desejar no que diz respeito à parâmetros de diversidade de cor, raça, sexo, faixa etária, etnia e fatores econômicos, políticos e sociais.

Indaga-se se no futuro as pessoas terão grande possibilidade de escolha quanto a utilizarem ou não dispositivos tecnológicos de vigilância, sobretudo diante da hipótese de concessão de grandes benefícios para os que rapidamente aceitarem tais conjunturas.

Diante da possibilidade de redução de custos em setores tanto públicos como privados não é distante imaginar uma sociedade fundamentada em vigilância, otimização, gamificação e punição para o atingimento de metas, o que poderia acarretar o engessamento da personalidade do indivíduo que um dia se julgou livre com as promessas do capitalismo de vigilância neoliberal e cada vez mais a reprovação de condutas dissonantes com a perspectiva de desempenho e rendimento.

REFERÊNCIAS

- AYMORE, Débora. Do biopoder à psicopolítica. **Investigação Filosófica**, Macapá, v. 10, n. 2, p. 101-111, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/view/5532/pdf>. Acesso em: 5 set. 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.
- BITENCOURT, Elias Cunha. “Coletamos dados para o seu bem”: o truque retórico do imaginário sobre o dado digital promovido nos termos de uso, documentos de privacidade e relatórios de investidores da plataforma *Fitbit*. **Texto Digital**, Florianópolis, v. 16, n. 1, p. 157-182, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5007/1807-9288.2020v16n1p157>.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 abr. 2023.
- BROOKER, Matthew. How severed is your workplace personality? **The Washington Post**, Washington, DC, 25 abr. 2022. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/business/how-severed-is-your-workplace-personality/2022/04/22/d97c8906-c2a0-11ec-b5df-1fba61a66c75_story.html. Acesso em: 4 maio 2022.
- CANTANHEDE, Lorena Renata Costa; DIAS, Edgar José Pereira; GAMMARANO, Igor de Jesus Lobato Pompeu; ARRUDA FILHO, Emílio José Montero. Comportamento do consumidor de tecnologia vestível: características que influenciam na intenção de consumo. **ReAd**, Porto Alegre, v. 24, n. 3, p. 244-268, set./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-2311.225.85428>.
- CARNEIRO, Raquel. Série ‘severance’ mira ‘the office’ e acerta ‘black mirror’. **Veja**, São Paulo, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/columa/veja-recomenda/serie-severance-mira-the-office-e-acerta-black-mirror/>. Acesso em: 12 maio 2022.
- CHAURIYE, Nicole. Wearable de able devices as admissible e vices as admissible evidence: technology is killing echnology is killing our opportunity to lie. **Catholic University Journal of Law and Technology**, Washington, DC, v. 24, n. 2, p. 495-528, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=jlt>. Acesso em: 2 nov. 2021.
- CORSO, Aline. Reflexões sobre privacidade e vigilância na era dos computadores vestíveis. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE ABCiber – COMUNICAÇÃO E CULTURA NA ERA DE TECNOLOGIAS MADIÁTICAS ONIPRESENTES E ONISCIENTES, 8., 2014, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: Escola Superior de Propaganda e Marketing, 2014. Disponível em: http://www.abciber.org.br/simposio2014/anais/GTs/aline_corso_23.pdf. Acesso em: 5 fev. 2021.

COVARRUBIAS, Jersain Z. Llamas. Derechos humanos, transhumanismo y posthumanismo: una mejora tecnológica humana. **Derechos Fundamentales a Debate**, Guadalajara, n. 12, p. 85-104, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341984191_Derechos_Humanos_transhumanismo_y_posthumanismo_Una_mejora_tecnologica_humana. Acesso em: 2 nov. 2021.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. São Paulo: 34, 1992.

DUARTE, Marcella. Neuralink: Musk faz demonstração tímida de implante cerebral em porco. **Tilt Uol**, São Paulo, 29 ago. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/08/29/neuralink-musk-faz-demonstracao-timida-de-implante-cerebral-em-um-porco.htm>. Acesso em: 4 nov. 2021.

ELLOUZE, Nourhene; ALLOUCHE, Mohamed; AHMED, Habib Ben; REKHIS, Slim; BOU-DRIGA, Nouredine. Security of implantable medical devices: limits, requirements, and proposals. **Security and Communication Networks**, London, v. 7, n. 12, p. 2475-2491, Nov. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1002/sec.939>.

FACCIONI FILHO, Mauro. **Internet das coisas**. Palhoça: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2016.

FINKELSTEIN, Carlos; FEDERIGHI, André Catta Petra; CHOW, Beatriz Graziano. O uso de dados pessoais no combate à covid-19: lições a partir da experiência internacional. **RBIAD**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2020. Disponível em: <https://rbiad.com.br/index.php/rbiad/article/view/7>. Acesso em: 10 out. 2022.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paiva. O titular de dados como o sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na lei geral de proteção de dados. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1002-1033, jun. 2021. DOI 10.1590/2179-8966/2020/46944.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Lisboa: Edições 70, 2013.

FURTADO, Rafael Nogueira. Desafios éticos das tecnologias de melhoramento humano. **Kínesis**, Marília, v. 9, n. 20, p. 235-251, 2017. DOI: <https://doi.org/10.36311/1984-8900.2017.v9n20.15>. p235.

GANGADHARBATLA, Harsha. Biohacking: an exploratory study to understand the factors influencing the adoption of embedded technologies within the human body. **Heliyon**, Amsterdã, v. 6, n. 5, p. 496-512, maio 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2020.e03931>.

GERALDO, Ana Cristina Ferreira. **Tecnologias vestíveis aplicadas à saúde da coluna vertebral**. 2018. 237 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Informação e Comunicação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Araranguá, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/191120>. Acesso em: 5 abr. 2021.

GONZALEZ-AVILA, Luis Uriel; VEGA-LÓPEZ, Juan Manuel; PELCASTRE-RODRÍGUEZ, Leda Ivonne; CABRERO-MARTÍNEZ, Omar Alejandro; HERNÁNDEZ-CORTEZ, Cecilia; CASTRO-ESCARPULLI, Graciela. The challenge of CRISPR-cas toward bioethics. **Fro-**

tiers in Microbiology, Lausanne, v. 12, p. 1-8, maio 2021. DOI: <https://doi.org/10.3389/fmicb.2021.657981>.

HAN, Byoung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

KAWANISHI, Paulo Noboru de Paula; LOURENÇÃO, Gil Vicente Nagai. Humanos que queremos ser: humanismo, ciborguismo e pós-humanismo como tecnologias de si. **Trabalhos em Linguística Aplicada**, Campinas, v. 58, n. 2, p. 658-678, maio/ago. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/010318135359815822019>.

KUMAR, L. Ashok; VIGNESWARAN, C. **Electronics in textiles and clothing: design, products and applications**. Boca Raton: CRC Press, 2015.

LUCA, Francesca de; BOSCO, Maria Concetta do. Do (it) yourself: práticas, desafios e éticas do biohacking. In: BARBOSA, António; FERNANDES, Isabel (coord.). **Entrecruzares bioéticos**. Lisboa: Faculdade de Medicina de Lisboa, 2020. p. 137-152. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47576/1/ICS_DeLucaLoBosco_Do%20%28IT%29%20yourself.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Porto Alegre: Arquipelago, 2019.

MARINHO, Julia. Startups europeias estão anos à frente da neuralink em biohacking. **Tecmundo**, São Paulo, 2 nov. 2020. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/ciencia/206081-startups-europeias-anos-frente-neuralink-biohacking.htm>. Acesso em: 4 out. 2021.

MARTÍNEZ, Héctor Llanos. ‘Separación’, la inquietante serie de Ben Stiller para quienes no echan de menos ir la oficina. **El País**, Madrid, 22 fev. 2022. Disponível em: <https://elpais.com/television/2022-02-22/separacion-la-inquietante-serie-de-ben-stiller-para-quienes-no-echan-de-menos-ir-la-oficina.html>. Acesso em: 4 maio 2022.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MEIRELES, Adriana Veloso. Algoritmos e autonomia: relações de poder e resistência no capitalismo de vigilância. **Opinião Pública**, Campinas, v. 27, n. 1, p. 28-50, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-0191202127128>.

MOCELLIN, Alan Delazeri. Psicopolítica e mal-estar da contemporaneidade. **Civitas**, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 94-107, 2021. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2021.1.39147>.

PEREIRA, Claudio Lopes; SEGRE, Lidia Micaela; NASCIMENTO, Rejane Prevot. A ampliação das estruturas de controle por meio das tecnologias de informação e comunicação: a onipresença do “pan-óptico eletrônico” no setor bancário. **Cadernos EPABE.BR**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 65-84, mar. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1679-39512013000100006>.

PETERSÉN, Moa. **The swedish microchipping phenomenon**. Bingley: Emerald, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Gustavo Alarcon; MARCHETTO, Patrícia Borba. Controle e vigilância na internet: técnica computacional como mecanismo de engendramento de poder. **Direito e Sociedade**, Canoas, v. 9, n. 1, p. 117-129, 2021. DOI: <https://doi.org/10.18316/redes.v9i1.6534>.

RÜDIGER, Francisco. **As teorias da cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SALIBA, Pedro. A vigilância como objeto de pesquisa. **Enfoques**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 309-315, jun. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/enfoques/article/view/27581>. Acesso em: 1 out. 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite; MENDIETA, David; FURBINO, Meire; BOCCHINO, Lavínia Assis. Capitalismo de vigilância e a ameaça aos direitos fundamentais da privacidade e da liberdade de expressão. **Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 63, p. 89-113, 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/revjur/article/view/5135>. Acesso em: 1 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. São Paulo: Forense, 2020. p. 21-59.

SEVERANCE. Direção: Ben Stiller e Aoife McArdle. Intérpretes: Adam Scott, Britt Lower, Patricia Arquette, Dichen Lachman, John Turturro *et al.* Roteiro: Dan Erickson. Cupertino: Apple, 2022.

SILVA, Leda Maria Messias da; WOŁOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. O assédio moral por excesso de trabalho e suas consequências. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2015, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 353-379.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBBIN, Raíssa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Biohacking* e ciborguismo: o melhoramento humano à luz dos direitos da personalidade. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 35, p. 110-138, ago. 2022a. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v20i35.p110-138.2022>.

TOBBIN, Raíssa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Tecnologias vestíveis e capitalismo de vigilância: do compartilhamento de dados sobre saúde e a proteção dos direitos da personalidade. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 126-147, 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/7938>. Acesso em: 5 fev. 2021.

TOBBIN, Raíssa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Wearables* e renderização do corpo: privacidade como moeda de troca para a concessão de benefícios. In: CIDIA – CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, 3., 2022, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2022b. p. 35-42.

VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-) humano. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 341-362, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312014000200002>.

VINCENTELLI, Elisabeth. What ‘severance’ is made of: ‘being John Malkovich’ and a sizzler steakhouse: the creator of the sci-fi thriller drew on Kurt Vonnegut, “black mirror” and a ‘90s restaurant commercial to build the show’s disquieting sets and nightmare logic. **The New York Times**, New York, 26 abr. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/04/26/arts/severance-apple-tv.html>. Acesso em: 4 maio 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. São Paulo: Intrínseca, 2021. *E-book*.

Recebido em: 02/12/2021

Aceito em: 24/04/2023

TRIBUTAÇÃO E BENEFÍCIOS FISCAIS DECORRENTES DA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA DE ENERGIA SOLAR

TAXATION AND TAX BENEFITS RESULTING FROM DISTRIBUTED SOLAR ENERGY GENERATION

Paulo Roberto dos Santos Corval*

Priscila Petereit de Paola Gonçalves**

Leonardo Seiichi Sasada Sato***

*Doutor em Ciência Política na Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Ciências Jurídicas na Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio). Graduado em Direito na PUC-Rio. Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da UFF, no Município de Niterói, Estado Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC). Coordenador do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (GEIEFT). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9210-1375>

**Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bacharel e licenciada em História pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense, campus Macaé. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4331-220X>

***Doutor em Ciência Política (UERJ/IESP). Mestre em História (UNIRIO). Graduado em Direito (UFF) e em História (UFF). Pesquisador junto aos seguintes grupos de pesquisa: Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (Geieft-UFF), Beemote - Grupo de Estudos e Pesquisa em Teoria Política e Pensamento Político Brasileiro (UERJ), História e Direito: Poderes, Instituições e Práticas (UFF-Macaé), e A abertura metodológica da pesquisa do pensamento jurídico processual (UFPEL). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9596-806X>

Resumo: Existe significativo esforço global de incentivo às fontes alternativas de produção de energia elétrica mais sustentáveis e de menor emissão de poluentes e gases de efeito estufa, dentre elas a geração de energia solar. Nesse cenário, apoiado no referencial da análise integral do direito (AID), objetiva-se compreender como vem operando, no setor, o uso dos poderes fiscais por meio do exercício, geograficamente delimitado, do mapeamento do seu funcionamento no Estado do Rio de Janeiro. Supõe-se haver mandamento constitucional que ordena positivamente o poder tributário, impondo-lhe, como já se observa, o manejo da política fiscal como instrumento de regulação e fomento da exploração energética sustentável, de maneira a estimular terceiros à prestação do serviço de geração de energia solar. A rota aqui trilhada é a da pesquisa exploratória, eminentemente bibliográfica e documental, inventariando-se de forma esmiuçada os tributos (PIS/PASEP, COFINS, ICM-Importação e ICM-Circulação de Mercadoria) e os benefícios fiscais incidentes sobre a geração distribuída de energia solar no estado do Rio de Janeiro. Ignora-se, por enquanto, as transformações em curso no processo de reforma tributária, concentrando os esforços na ilustração, a partir do caso fluminense, de como se vem operacionalizando a pressuposição da pesquisa que lastreou este comunicado científico. O mapeamento dos benefícios fiscais concedidos pelo Rio de Janeiro ao setor, no período enfatizado (primeiras décadas do século XXI) é, por si, resultado relevante de pesquisa, possibilitando avaliar, ainda que de forma não exaustiva, o incentivo à atuação de terceiros na prestação do serviço de geração de energia solar e, portanto, no crescimento produtivo dessa fonte alternativa em interação colaborativa entre Estado e sociedade. Em caráter conclusivo, é possível identificar que a implementação da política tributária no sentido normativamente fixado ainda é tímida e carente de reforço, inclusive, pela via da instrumentalidade fiscal.

Palavras-chave: tributação; benefícios fiscais; energia elétrica; fontes alternativas; energia solar.

Abstract: There is a substantial global initiative to promote alternative sources of electricity generation that are both sustainable and have lower emissions of pollutants and greenhouse gases, such as solar energy. Within this framework, supported by the comprehensive analysis of law (AID), we seek to objectively understand the utilization of fiscal powers within this sector through a geographically bounded examination of its operations in the State of Rio de Janeiro. We begin by postulating the existence of a constitutional norm

specifically mandating the use of tax powers to manage fiscal policy as a means of regulating and promoting sustainable energy exploration. This includes incentivizing third-party involvement in solar energy generation services. Our approach involves exploratory research, predominantly relying on bibliographic and documentary sources. We conduct a thorough inventory of taxes (PIS/PASEP, COFINS, ICM-Importation, and ICM-Circulation of Goods) and tax benefits pertaining to the generation and distribution of solar energy within the state of Rio de Janeiro. For the purposes of this study, we disregard ongoing transformations in the current tax reform process, focusing on illustrating, using the case of Rio de Janeiro, how the underlying premise of our research has been put into practice. The mapping of tax benefits granted by Rio de Janeiro to the sector during the highlighted period (the first decades of the 21st century) constitutes a significant research outcome. It allows for an evaluation, albeit not exhaustive, of the extent to which incentives have encouraged third-party involvement in collaborative solar energy generation services, thereby contributing to the growth of this alternative energy source through interaction between the State and society. In conclusion, it is evident that the implementation of tax policies in line with established norms remains modest and requires reinforcement, possibly through enhanced fiscal instrumentalities.

Keywords: taxation; tax benefits; electricity; alternative sources; solar energy.

INTRODUÇÃO

No presente estágio do capitalismo globalizado a energia continua a ser uma variável estratégica das políticas de desenvolvimento rumo à transição para uma economia de baixo carbono, com fontes de energia elétrica sustentáveis, de menor emissão de poluentes e gases de efeito estufa (Avzaradel; Quintanilha, 2015)¹.

No Brasil, conhecido no cenário mundial por sua matriz elétrica hídrica, considerada limpa, mas, também, pelo avanço nos investimentos em energia sustentável, figurando entre as dez principais economias em desenvolvimento por investimento internacional em energias renováveis no período de 2015–2022 (UNCTAD, 2023, p. 1150), há sólidas balizas normativas a impulsionar a atuação pública e privada na direção do desenvolvimento com renovadas fontes de energia², destacando-se, neste artigo, a fonte solar e as possibilidades de sua autoprodução por meio do sistema de geração distribuída, de regulamentação bastante recente.

Somente em 2012, no entanto, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) assentou o marco regulatório desse segmento por meio da Resolução Normativa nº 482 (Brasil, 2012), fixando as condições gerais para o acesso de sistemas de geração distribuída à rede de distribuição de energia elétrica e instituindo o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) ou “Net Metering”³. E, apenas no início de 2022, o setor foi contemplado com a Lei nº 14.300/2022 (Brasil, 2022).

Nessa curta trajetória de crescimento e consolidação normativa e regulatória da geração distribuída de energia de fonte solar não se olvidou o instrumental público-financeiro, destacadamente aquele atrelado à tributação.

Busca-se, no presente artigo, à vista disso, compreender a fundamentação constitucional que alicerça o uso dos poderes não apenas regulatórios, mas, também, fiscais pelo Estado, nomeadamente a utilização da política tributária incidente sobre esse segmento do setor energético. Supõe-se, com efeito, a existência de mandamento constitucional que ordena positivamente o poder tributário, impondo-lhe, como já se observa, o manejo da política fiscal como instrumento de regulação e

1 Dados sistematizados sobre a produção mundial de energia têm sido divulgados há mais de 50 anos pela Energy Institute (<https://www.energyinst.org/statistical-review>). Seu último Statistical Review of World Energy (do ano de 2023), sem descuidar da recente pandemia, das novas guerras e do agravamento dos fatores climáticos que vem desafiando o setor da energia, destaca que a despeito da dominância dos combustíveis fósseis e do carvão, a capacidade solar e eólica cresce, registrando aumento recorde, em 2022, de 266 GW. A energia solar, em específico, foi responsável por 72% (192 GW) dessas adições de capacidade, sendo que a maior parcela do crescimento ocorre na China (de 37% das adições de capacidade global).

2 Nessa linha, além da previsão constitucional de defesa e preservação do meio ambiente (CRFB, art. 225) e da existência de diplomas infraconstitucionais como a Lei nº 12.187/2009 (Brasil, 2009), que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima, o acesso à energia sustentável e renovável e com preço acessível para todos até o final desta década é um dos indicadores brasileiros nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), estabelecidos pela ONU na Agenda 2030. Além disso, aderimos ao Acordo de Paris, na Conferência das Nações Unidas Sobre as Mudanças Climáticas de 2015 (“COP 21”), firmando compromissos de redução da emissão dos gases de efeito estufa causado pelas fontes fósseis de energia e de promoção das energias renováveis.

3 Essa resolução foi alterada e atualizada pela REN 676/2015. Sobrevieram, ainda, a merecer destaque a REN 676/2015 e a REN 1.000/2021.

fomento da exploração energética sustentável, de maneira a estimular terceiros à prestação do serviço de geração de energia solar.

O referencial teórico e analítico que inspira este comunicado de pesquisa, no direito financeiro, é a *Análise Integral do Direito – AID* (Corval, 2017), decantação, no campo epistêmico-jurídico, de desenvolvimentos que as ciências sociais experimentam no institucionalismo político (Lownes; Roberts, 2013), associados às reflexões que se vem desenvolvendo sob inspiração ungeriana na direção de um experimentalismo e construtivismo constitucional (Amato, 2018; Teixeira, 2010, 2011; Unger, 1996).

Delimitado o período de análise até maio de 2022, fez-se o mapeamento esmiuçado dos tributos e dos benefícios fiscais atinentes à geração distribuída de energia fotovoltaica, adotando-se, como caso paradigmático, especificamente, o Estado do Rio de Janeiro.

A rota aqui trilhada é a da pesquisa exploratória, eminentemente bibliográfica e documental, inventariando-se de forma esmiuçada os tributos (PIS/PASEP, COFINS, ICM-Importação e ICM-Circulação de Mercadoria) e os benefícios fiscais incidentes sobre a geração distribuída de energia solar no estado do Rio de Janeiro.

Ignora-se, por enquanto, as transformações em curso no processo de reforma tributária, concentrando os esforços na ilustração, a partir do caso fluminense, de como se vem operacionalizando a pressuposição da pesquisa que lastreou este comunicado científico.

O mapeamento dos benefícios fiscais concedidos pelo Rio de Janeiro ao setor, no período enfatizado (primeiras décadas do século XXI) é, por si, resultado relevante de pesquisa, possibilitando avaliar, ainda que de forma não exaustiva, o incentivo à atuação de terceiros na prestação do serviço de geração de energia solar e, portanto, no crescimento produtivo dessa fonte alternativa em interação colaborativa entre Estado e sociedade.

Na sequência, após demarcar as pressuposições institucionais que delineiam a tributação no setor de energia, nomeadamente no segmento de energia solar, serão descritas, ao longo do texto: (i) as tributações direta e indireta; (ii) a incidência e os benefícios fiscais da PIS/PASEP e o do COFINS; (iii) a incidência e os benefícios fiscais do ICM-Importação; e, por fim, (iv) a incidência e os benefícios fiscais do ICM-Circulação de Mercadoria. Considerações finais encerrarão o percurso reflexivo desenvolvido durante a pesquisa que serviu de base ao artigo.

1 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DIRECIONADORES NA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA DE ENERGIA SOLAR

Analisar a tributação no setor de energia elétrica, sob o marco da *Análise Integral do Direito – AID*, requer que se leve em conta, de largada, alguns aspectos delimitadores estruturais, em especial: (i) o desenho socioeconômico e regulatório das atividades econômicas do setor (incluindo o seu percurso histórico, as suas ideais reitoras e a identificação dos personagens nele diretamente

envolvidos), que se organiza em subsetores de geração/produção, transmissão, distribuição e comercialização, bem como em regimes jurídicos híbridos de serviço público e atividade econômica em sentido estrito; (ii) a diferenciação entre a incidência mais propriamente voltada à operação das atividades (tributos ditos indiretos, sobre produção e consumo, prestações de serviços, circulação de mercadorias, folha de pagamentos) e aquela sobre o patrimônio envolvido e os retornos trazidos (tributos chamados diretos, sobre patrimônio e renda); (iii) a observância da divisão federativa das fontes tributárias (competências); (iv) a compreensão de que por se tratar de setor historicamente estratégico ao desenvolvimento do estado e do sistema de produção capitalista, demandando vultoso aporte de recursos e constantes parcerias entre estado e mercado, o uso regulatório (ou extrafiscal) da tributação é um instrumento não apenas presente nas experiências do setor em todo o globo como continua a se mostrar útil e desejado para os novos desafios de desenvolvimento e sustentabilidade deste século XXI (Corval, 2014).

A partir daí pode-se alinhar uma sintética matriz ou conjunto de diretrizes para que se tenha uma visão geral do quadro jurídico-tributário no setor. Noutras palavras, por elas enxergamos, com clareza, que: (i) a incidência tributária, tanto em aspectos jurídicos quanto econômicos, variará em cada segmento ou subsetor do sistema de energia elétrica, de maneira que a tributação da geração, ainda que se trate da incidência nominal da mesma espécie tributária, não se identificará à das fases de transmissão, comercialização e distribuição; (ii) a incidência tributária tende a oscilar com a modelagem negocial da geração, verificando-se, por exemplo, se os equipamentos são ou não importados e se são ou não vendidos ou alugados ao consumidor; (iii) os entes públicos responsáveis pelo recolhimento podem ser distintos, ampliando a complexidade dos marcos normativos e recolhimentos; (iv) o exame da carga tributária do subsetor e do agente nele atuante requer que se visualize tanto a tributação direta quanto a indireta, observando-se que a política fiscal no setor de energia, em especial pelo uso de desonerações, subsídios e controles tarifários, faz uso constante da finalidade regulatória dos tributos (Brasil, 1988).

Essa última diretriz, merecedora de destaque, é especialmente relacionada à dinâmica indutiva no campo da produção e exploração das fontes renováveis de energia, como a solar, encontrando-se alicerçada no texto da Constituição de 1988 que, além dos diversos enunciados relativos à caracterização dos bens públicos e das competências estatais interventivas e regulatórias no setor, fixa para a ordem econômica e financeira, no seu artigo 170, também um princípio de “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (Brasil, 1988).

Existe atribuído em nível constitucional, logo se vê, um dever de proteção, inclusive por mecanismos de tratamento diferenciado de produtos, serviços e seus processos de elaboração e prestação. Esse mandamento, no campo das finanças públicas, concretiza o dever geral do poder público (matéria de competência administrativa comum e de competência legislativa concorrente, conforme artigos 21, XII; 22, IV; 23, VI; 24, VI e VIII da Constituição de 1988) e da sociedade de promover e garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225), preser-

vando e incentivando o mercado interno valorado constitucionalmente como patrimônio nacional (artigo 219) e a funcionalidade social da propriedade (artigos 5º, XXIII; 153, § 4º, I; 156, § 1º, I; 170, III; 176; 182; 185; e 186 da Constituição de 1988). Comentando o artigo 225 da Constituição, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014, p. 396) sublinham caber ao Estado: “[...] promover uma política fiscal capaz de moldar e ajustar o comportamento dos agentes econômicos no sentido de adotarem práticas ‘amigas’ do ambiente por meio de incentivos fiscais e tributos que tenham finalidade extrafiscal com o propósito de incentivar a proteção ecológica”.

Como esclarece Paulo Caliendo (2016, p. 15):

[...] [A] dedução lógica da norma expressa no art. 170 da CF exige claramente a aplicação de um regime constitucional diferenciado aos produtos e processos que tenham efeito positivo sobre o meio ambiente. Depreende-se que o tratamento diferenciado implique em regimes distintos a produtos e serviços que provoquem resultados ambientais mais benéficos. Não haveria, neste caso, qualquer ofensa ao princípio da igualdade, mas um reforço ao tratamento isonômico, justo e necessário. Não é coerente tratar igualmente situações ambientalmente distintas. O regime diferenciado implica em um tratamento favorecido para os produtos e serviços de menor impacto ambiental, dado que eles produzem uma menor carga de externalidades negativas, ou seja, impõem um menor custo social.

Não à toa, a política nacional de energia, fixada na Lei nº 9.478/1997, com suas alterações, estabelece no seu art. 1º, II, IV, VIII, X e XVII, como objetivos, “promover o desenvolvimento [...] e valorizar os recursos energéticos”, “proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia”, “utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis”, “atrair investimentos na produção de energia” e “[...] fomentar a pesquisa e o desenvolvimento relacionados à energia renovável” (Brasil, 1997).

Com efeito, destacam Jordana Payão e Maria Ribeiro (2016, p. 281) que:

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a questão ambiental e de desenvolvimento, de maneira abrangente, foi rica em disposições, normas e princípios voltados à dignidade da pessoa humana, à qualidade de vida, ao bem-estar social, do acesso ao trabalho, nas políticas do meio ambiente, nas políticas de desenvolvimento, na política agrária, na política tributária entre outras. Tais disposições, são prescrições constitucionais que dependem das efetivações, por meio de políticas públicas.

Torna-se ainda mais clara a existência desse dever no campo das finanças públicas e da tributação, aliás, quando se considera que o poder público, alinhado ao mandamento constitucional, já deflagrou efetiva política voltada ao incentivo às fontes alternativas de energia elétrica, desenvolvendo programas como o instituído pela Lei nº 10.438/2002 (o PROINFA), firmando compromissos internacionais de expansão do uso de fontes renováveis de energia (caso da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, de 2015, na qual se fixaram objetivos de desenvolvimento sustentável até 2030), bem como implementando ações que, em se tratando de energia solar, ganharam robustez a partir de Resoluções Normativas da ANEEL (Brasil, 2012, 2015, 2017, 2021) (REN) nº 482/2012, nº 687/2015, nº 786/2017 e nº 1.000/2021 e, mais recentemente, com a Lei nº 14.300/2022.

De fato, aquele dever constitucional de sustentabilidade ambiental também penetra a tributação, produzindo efeitos jurídicos quer na interpretação das normas tributárias empregadas nos assuntos afetos ao meio ambiente quer na construção mesmo da política fiscal, que haverá de promover adequada e diferenciada tributação dos produtos energéticos renováveis por meio, dentre outras, de técnicas de criação de tributos com finalidades ambientais protetivas na sua regra de incidência ou de repartição, bem como na criação de incentivos à sustentabilidade. Nos dizeres de José Casalta Nabais (2008, p. 256): “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: [...] h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida”.

As finalidades fiscais e extrafiscais (e, para que distingue, também os efeitos extrafiscais dos tributos fiscais) sempre presentes, embora circunstancialmente possam sobrepor uma a outra em cada tributo e em casa diretriz de política tributária (Torres, 1999, p. 14), ganham ainda maior relevância quando incidem em campos conectados, como aqui, ao desenvolvimento ambientalmente sustentável da cidade.

Como se sabe, em matéria atrelada ao desenvolvimento harmonizado e promotor ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incentivos e benefícios fiscais são desejados, assim como tributos arrecadatários que tragam, na sua estruturação de incidência, finalidades extrafiscais protetivas do ambiente (Montero, 2011).

Em relação à extrafiscalidade ou finalidade regulatória da tributação, no setor ambiental, ela é “[...] vislumbrada com maior precisão no domínio dos benefícios fiscais [...] que possuem nítida configuração de medidas de política econômica e social, pois são atos de caráter excepcional que têm como objetivo amparar interesses públicos de significativa relevância” (Alexandrino; Bufon, 2016, p. 36-37).

A força normativa dessa orientação sobre a fiscalidade no setor de energia elétrica se espalha no texto da Constituição que, na sua redação originária, estreitava a tributação mediante a criação de uma regra de delimitação negativa de competência (imunidade ou, para alguns, até uma não incidência constitucionalmente qualificada) que somente permitia, sobre as operações relativas à energia elétrica, a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), do Imposto de Importação (II) e do Imposto de Exportação (IE), imunizando a atividade de qualquer outro tributo. Somente com a EC nº 33/2001 é que se mitigou a regra imunizadora, restringindo-a a figura dos impostos e não ao gênero tributo (Torres, 2014).

Neste estudo, o foco residirá, exatamente, em averiguar a tributação incidente na geração distribuída de energia solar e na aferição dos seus aspectos tributários. Como se passará a expor, aquelas diretrizes analíticas iniciais e o dever constitucional de sustentabilidade na fiscalidade, guiam a compreensão da incidência tributária nesse subsector específico de geração distribuída, regulamentado, atualmente, pela Lei nº 14.300/2022.

Qualquer entidade empresarial que atue na prestação do serviço de geração de energia solar há de considerar, no que toca à tributação, primeiramente, a chamada *tributação direta* relativa à sua atividade.

Suportará aí, basicamente, a incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ambos de competência federal. A forma como se estruturar a pessoa jurídica (se for de médio porte ou não, por exemplo) e o regime tributário que adotar (Simples Nacional, Lucro Real ou Lucro Presumido), dentre outros aspectos de gestão e planejamento tributário, afetarão a suas despesas, custos e lucros, podendo o poder público criar benefícios fiscais de depreciação acelerada e dedução de despesas e custos atinentes à geração de energia (no momento, no Brasil, desconhecemos incentivos fiscais dessa ordem).

Igualmente restrito aos aspectos internos de uma organização empresarial são os *tributos indiretos* atinentes à montagem e exploração das estruturas geradoras, como o Imposto de Importação (II) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), tributos federais que podem incidir na aquisição de equipamentos necessários à geração (também o ICMS pode estar envolvido nessas situações), bem assim o Imposto sobre Serviços (ISSQN), cobrado, pela municipalidade, da sociedade prestadora do serviço relacionado à geração distribuída e, talvez, ainda, taxas atinentes ao licenciamento e operações relacionadas à geração. A Contribuição de Iluminação Pública (COSIP), cobrada pela municipalidade na conta de energia, afeta diretamente a tarifa final ao consumidor, mas sem impactar a entidade empresarial que oferta a geração distribuída de energia solar.

Em resumo, esta é a tributação indireta cuja incidência se destaca na atividade de prestação do serviço de geração distribuída de energia solar: (i) o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), cobrado pelo Estado do Rio de Janeiro; (ii) as contribuições ao Programa de Integração Social e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), bem como a contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), cobradas, todas, pela União.

Examine-se, com mais vagar, as contribuições federais e o referido imposto estadual.

2 O PIS/PASEP E O COFINS

As contribuições ao PIS e ao PASEP foram recepcionadas pelo vigente ordenamento. A Constituição de 1988 as referiu no artigo 239 (c/c os artigos 149 e 195), que determinou, no seu § 3º, o direcionamento dos recursos por elas arrecadados ao financiamento, nos termos dispostos em lei, do programa do seguro-desemprego e do abono de um salário mínimo aos “[...] empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal [...]” (Brasil, 1988).

Com a Emenda Constitucional nº 103, os recursos a esse título arrecadados tiveram sua finalidade ampliada no artigo 239 para incluir, também, “[...] outras ações da previdência social” (Brasil, 1988). A COFINS, por sua vez, encontra suas regras de competência no art. 195, I, b, e IV da Constituição (c/c o art. 149), incidindo, nos moldes especificados em lei, sobre a receita bruta, sobre o faturamento e em operações de importação. Ambos os tributos, dado o seu fundamento constitucional, dispensam disciplina geral ou mesmo instituição mediante lei complementar, conforme já assentado em julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴.

A COFINS e as contribuições para o PIS e o PASEP incidem, ademais, por sistemáticas variadas⁵. Tratando-se de sujeito empresário enquadrado no Simples Nacional, além disso, existem peculiaridades fixadas na Lei Complementar nº 123/2006. Em linhas gerais, essas figuras tributárias podem ser cobradas pelo “regime de incidência cumulativa” ou pelo “regime de incidência não cumulativa”.

No primeiro, cumulativo, a base de cálculo é a receita bruta, com alíquotas de 0,65% para o PIS/PASEP e de 3% para a COFINS. A ele se submetem, em princípio, as pessoas jurídicas de direito privado (e as que lhe forem equiparadas pela legislação do imposto de renda) que apuram o IRPJ com base no lucro presumido ou arbitrado. Igualmente as pessoas jurídicas que, mesmo sujeitas ao regime não cumulativo, vejam-se obrigadas a submeter à incidência cumulativa as receitas arroladas no art. 10 da Lei nº 10.833/2003. Destaque-se que no regime especial fixado como opção às pessoas jurídicas integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) para o caso das receitas oriundas da comercialização de energia de curto prazo, a teor do que estabelecem a Lei nº 10.637/2002, art. 47 (Brasil, 2002); e a Lei nº 10.848/2004, art. 4º e art. 5º, *caput* e § 4º, há uma aplicação das regras do regime cumulativo (Brasil, 2004).

Outra opção é o regime de incidência não cumulativa, nos termos da Lei nº 10.637/2002 (PIS/PASEP) e da Lei nº 10.833/2003 (COFINS) (Brasil, 2003c). Neste caso, faz-se o desconto de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos da pessoa jurídica, fixando-se as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e a COFINS, respectivamente, em 1,65% e de 7,6% do faturamento. As pessoas jurídicas de direito privado (e as que lhe são equiparadas pela legislação) que apuram o IRPJ com base no lucro real estão sujeitas à incidência não-cumulativa, exceto: as instituições financeiras, as cooperativas de crédito, as pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos imobiliários e financeiros, as operadoras de planos de assistência à saúde, as empresas particulares que explorem serviços de vigilância e de transporte de valores de que trata a Lei nº 7.102/1983, e as sociedades cooperativas (exceto as sociedades cooperativas de produção agropecuária e as sociedades cooperativas de consumo).

4 Na prática jurídica a referência é, via de regra, aos seguintes julgados: RE 357.950-9/RS; RE 527.602, Tema 95; RE 432.413; ADI 1.417.

5 Essas contribuições ganharam regulamento consolidado pela Receita Federal na Instrução Normativa RFB nº 1.911/2019.

Existe, ainda, uma terceira sistemática, reconhecida por parcela da doutrina jurídica como “regime diferenciado”. Sob essa alcunha agregam-se os casos que apresentam a característica comum de trazer alguma diferenciação em relação à apuração da base de cálculo ou à alíquota, via de regra, tendo em conta a especificidade de algum tipo de receita. Enfim, com a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 42/03 e com a Lei nº 10.865/2004 (Brasil, 2003, 2004), instituiu-se uma quarta modalidade, por assim dizer, voltada ao regime de incidência das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS sobre a importação de bens (“entrada de bens estrangeiros no território nacional”, nos termos da Lei nº 10.865/2004) e sobre o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado.

Sobre a receita e o faturamento das operações atinentes ao setor de energia, nas suas múltiplas fases (geração, transmissão, comercialização e distribuição) incidem, portanto, as contribuições ao PIS/PASEP e a COFINS (tanto pelo “Regime Não Cumulativo”, que parece mais comum, quanto pelo “Regime Cumulativo”, nos moldes da Lei nº 10.637/2002, artigos 1º a 8º (Brasil, 2002); da Lei nº 10.833/2003 (Brasil, 2003c), artigos 1º a 10; da Lei nº 9.718/1998 (Brasil, 1998), artigo 3º, §§ 6º, 8º e 9º c/c a Lei nº 12.715/2012, artigo 70 (Brasil, 2012), e c/c Lei nº 8.212/1991 (Brasil, 1991), artigo 22, § 1º), as quais, na fixação da tarifa de energia, são repassadas ao consumidor. Em apertada síntese, a tarifa cobrada pelas empresas distribuidoras para ofertar energia elétrica computa o custo da compra de energia dos geradores, o custo do percurso pelas linhas de transmissão e, finalmente, os custos da própria distribuição. Agregam-se, notadamente na geração e transmissão, encargos administrativos de diversas feições jurídicas sobre as tarifas. Somam-se, ainda, os custos tributários.

As contribuições ao PIS/PASEP e a COFINS na etapa de distribuição, nesse cenário, já tendo as distribuidoras absorvido nos seus custos a carga da comercialização, da geração e da transmissão, incidem sobre a receita ou o faturamento do fornecimento da energia aos consumidores. De ordinário, após algumas deduções da receita, chega-se à base de cálculo sobre a qual se faz a incidência das alíquotas nominais (logo, a alíquota efetiva, havendo dedução na montagem da base, será menor que a nominal). Em seguida faz-se o repasse dessas alíquotas por meio de algoritmo de apuração pelo qual o valor bruto é calculado pela operação de divisão da tarifa, no numerador, por um inteiro menos as alíquotas efetivas das contribuições ao PIS/PASEP, da COFINS e do ICMS, no denominador⁶. Na conta de luz põem-se o valor bruto da tarifa e, como destaque, as parcelas das alíquotas dos tributos.

A propósito da dinâmica da incidência dessas contribuições repassadas aos consumidores, o Superior Tribunal de Justiça já assentou em sede de recurso repetitivo, a legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da contribuição ao PIS e da COFINS: “É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamen-

⁶ É lembrar, conforme já decidido pelo STF, que o “ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da Cofins” [RE 574.706, rel. min. Cármen Lúcia, j. 15-3-2017, P, DJE de 2-10-2017, Tema 69] (Brasil, 2008).

to da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS incidente sobre o faturamento das empresas concessionárias” (Brasil, 2010).

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal seguiu a direção do Superior Tribunal de Justiça, embora julgando questão relacionada ao repasse dessas contribuições aos usuários de serviço de telecomunicações. De acordo com a Corte, “O repasse do PIS/COFINS nas faturas de telefonia não altera a matriz de incidência tributária das contribuições. Distinção entre contribuinte de direito e contribuinte de fato. [...] O repasse do PIS/COFINS ao consumidor nas faturas do serviço de telefonia, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995, não ofende a Constituição Federal” (Brasil, 2019a).

2.1 OS BENEFÍCIOS FISCAIS DO PIS/PASEP E COFINS

Há diversos *benefícios fiscais* relacionados a esses tributos. Aqui, não obstante, interessam aqueles específicos do setor de energia que podem afetar a atividade de geração distribuída. Nessa direção, destaca-se, com a Lei nº 11.484/2007 (Brasil, 2007), o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores (PADIS), que, como já mencionado, reduziu a zero as alíquotas de PIS/PASEP, COFINS, IPI, II e Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) para a pessoa jurídica que realizar investimentos em pesquisa e desenvolvimento de dispositivos eletrônicos semicondutores, mostradores de informação e insumos e equipamentos destinados à industrialização desses semicondutores e mostradores. Embora o PADIS alcance, prioritariamente, o setor de eletrônicos e de informática, pode favorecer algum dos equipamentos utilizados na geração distribuída.

Também desde 2007, por força do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (Reidi), instituído pela Lei nº 11.488 (Brasil, 2007), o setor de energia (além de portos, transporte, saneamento básico e irrigação) goza de benefício fiscal consistente na suspensão de PIS/PASEP, COFINS, PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação na “venda ou importação de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos, novos, e de materiais de construção para utilização ou incorporação em obras de infraestrutura destinadas ao ativo imobilizado” (art. 3º) e na “venda ou importação de serviços destinados a obras de infraestrutura para incorporação ao ativo imobilizado” (art. 4º). A suspensão, após incorporação no ativo imobilizado dos bens e materiais adquiridos, converte-se em hipótese de tributação à alíquota zero. Há, no REIDI, também, desconto de PIS/PASEP relativos às “edificações incorporadas ao ativo imobilizado, adquiridas ou construídas para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços” (art. 6º).

Trata-se de favor fiscal que, nos termos sistematizados acima, mais afetam a organização empresarial interna da pessoa jurídica que buscará ofertar a geração distribuída de energia solar. É bom que se diga, ademais, que no mesmo diploma alterou-se o art. 26, § 1º, da Lei nº 9.427/1996, de molde a instituir benefício tarifário. Previu-se, aí, aos aproveitamentos de potencial hidráulico com potência igual ou inferior a 1.000 kW, bem como àqueles aproveitamentos com base em fontes

solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 30.000 kW, determinação no sentido de que a ANEEL estipule “percentual de redução não inferior a 50% (cinquenta por cento) a ser aplicado às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidindo na produção e no consumo da energia”.

Mais tarde, em 2016, a Lei nº 13.360 (Brasil, 2016) manteve o benefício tarifário, mas passou a restringi-lo ao potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado à produção independente ou autoprodução. O benefício seguiu igual, todavia, àqueles aproveitamentos com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, incluindo o proveniente de resíduos sólidos urbanos e rurais, cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição sejam menor ou igual a 30.000 kW. A nova lei especificou, ainda, que a redução recai na produção e no consumo da energia “comercializada pelos aproveitamentos” e “destinada à autoprodução, desde que proveniente de empreendimentos que entrem em operação comercial a partir de 1º de janeiro de 2016”.

A Lei de 2016 também conservou a mudança trazida pela Lei nº 13.203/2015, no sentido de conferir aos empreendimentos com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, a redução na energia comercializada ou destinada à autoprodução, desde que a potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja maior que 30.000 kW e menor ou igual a 300.000 kW e atendam um dos seguintes critérios: “I – resultem de leilão de compra de energia realizado a partir de 1º de janeiro de 2016; ou II – venham a ser autorizados a partir de 1º de janeiro de 2016” (art. 26, § 1ºA).

De volta ao campo dos benefícios tributários, enfim, no que toca especificamente à geração distribuída de energia, com o avanço do marco regulatório, por impulso mesmo do dever de sustentabilidade a embasar a extrafiscalidade no setor energético, o art. 8º da Lei nº 13.169/2015 promoveu a redução a zero das alíquotas dessas contribuições sobre a energia elétrica ativa fornecida pela distribuidora à unidade consumidora.

A COFINS e as contribuições ao PIS/PASEP, assim, ficam afastadas no que toca à quantidade de energia elétrica ativa injetada na rede da distribuidora pelo gerador-consumidor no montante do excedente da energia produzida no mês, acrescido dos créditos de energia de meses anteriores detidos pelo titular da unidade consumidora no âmbito do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE). Subsiste a cobrança do tributo, apenas, sobre a energia elétrica consumida da rede de distribuição.

É possível discutir, a esse respeito, conquanto a alíquota das contribuições esteja zerada a título de favor legal, a própria incidência desses tributos sobre a energia injetada no sistema. Isso porque a energia injetada é cedida ou emprestada gratuitamente à distribuidora. Depois, mais tarde, para que não haja enriquecimento ilícito da empresa distribuidora, faz-se a inexorável compensação. Não haveria, portanto, sobre essa quantidade injetada, venda da energia nem faturamento ou

receita que pudesse se enquadrar na regra matriz de incidência da COFINS ou das contribuições ao PIS/PASEP.

A seguir essa linha de entendimento, ademais, poder-se-ia dizer que o consumidor que faz a geração distribuída é o titular da energia por ele gerada e, portanto, o seu ofertador à distribuidora. Não há receita atribuível à distribuidora por essa quantidade injetada. Se houvesse (e não há), seria atribuível ao consumidor que a produziu e inseriu no sistema. Por essa quantidade de energia injetada a distribuidora, no máximo, poderia receber pagamentos mínimos pelo uso de sua rede, parcela, esta sim, que entraria nas suas receitas.

A sistemática da geração distribuída mexe, como se vê, com a própria compreensão relativa à prática de as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS (quando repassadas aos consumidores pelas distribuidoras de energia) levarem em consideração um valor hipotético/irreal, ou seja, uma suposta importância que seria paga pelo consumo energético bruto da unidade habitacional caso não fosse injetada energia no sistema de compensação de energia elétrica, ao invés do valor do consumo líquido, centrado na contraprestação que é efetivamente paga à concessionária de energia elétrica, por força dos arts. 2º, III, 6º, §1º, e 7º, da Resolução Normativa nº 482/2012 da ANEEL (Brasil, 2012)⁷.

3 DA INCIDÊNCIA DO ICMS

Quanto ao ICMS, o tributo, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, além de disciplinado pela Lei nº 2.657/1996 e por vasta normatividade de execução e complementação, encontra na Constituição de 1988, em leis complementares (notadamente o Código Tributário Nacional e as Leis Complementares nº 24/1975 e 87/1996), em Resoluções do Senado e em Convênios do CONFAZ sua fundamental estruturação normativa (Paulsen; Melo, 2013).

A Constituição de 1988 delimita o espaço tributável do ICMS no art. 155, II, §§ 2º a 5º, prevendo, de igual forma, mecanismos de repartição de suas receitas entre os estados, por meio da sistemática de distinção de alíquotas em operações interestaduais (§ 4º), e a municípios, por meio da destinação da arrecadação de 25% do ICMS (Brasil, 1988, art. 158, inc. 4), distribuído nos moldes da redação conferida pela EC nº 108/2020, “[...] 65%, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios, e até 35%, de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos” (Brasil, 1988, art. 158).

⁷ O STF já teve uma oportunidade de conhecer, de passagem, a questão, decidindo tratar-se de questão infraconstitucional. Cf.: ARE 1025651, Rel.: Min. Edson Fachin. Julgamento: 01/03/2017. Publicação: 07/03/2017.

Na configuração dos lindes da competência tributária, o ICMS pode incidir (i) sobre a circulação de mercadorias, (ii) sobre a prestação de serviços de telecomunicações, (iii) sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, (iv) sobre a circulação de mercadorias fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios e, ainda, (v) sobre a importação de bens e serviços. Diz, mais, que o ICMS será “não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (Brasil, 1988, art. 155, § 2, inc. 1), e poderá ser “seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (Brasil, 1988, art. 155, § 2º, inc. 3).

A seletividade, no setor da energia, conjuga-se ao dever de promoção da sustentabilidade que afeta a tributação, como já se viu, havendo o Supremo Tribunal Federal, no RE 714.139/SC – com modulação da decisão no sentido de que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21) –, fixado tese de que, por força da “técnica da seletividade” e da “essencialidade dos bens e serviços” em relação ao ICMS, são inconstitucionais alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral.

A base de cálculo do ICMS não compreenderá “o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos” (Brasil, 1988, art. 155, § 2º, inc. XI). E sua desoneração, por meio do instrumental técnico-jurídico da isenção ou da não-incidência, salvo determinação legal em contrário, “não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes” e “[...] acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores” (Brasil, 1988, art. 155, § 2, inc. 2).

Sobre a base de cálculo envolvendo o ICMS, tanto a sua base quanto o seu cômputo nas bases de outros tributos, o Supremo Tribunal Federal tem deliberado que é constitucional “a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo” (RE 582.461) e “a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB” (RE 1.187.264, Tema de Repercussão Geral 1.048) (Brasil, 2021a), discutindo, também, o ICMS computado na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (RE 574706) (Brasil, 2008), além de fracionamentos desses debates quando envolvida a substituição tributária (RE 12.588) (Brasil, 2022), créditos presumidos de ICMS na base de (RE 835.818) (Brasil, 2015e) e o cômputo da TUST e da TUSD na base do próprio ICMS (RE 1.041.816) (Brasil, 2017c).

Ainda sobre o manejo das desonerações na política fiscal do ICMS, nos termos do art. 150, § 6º, e do art. 155, § 2º, XII, ‘g’ (c/c art. 150, § 6º) (Brasil, 1988), a lei complementar deve regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, afigurando-se inconstitucional promover qualquer subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remis-

são de tributos sem previsão em lei específica que regule exclusivamente a matéria ou discipline o tributo envolvido e, também, quando exigido, sem a indispensável anuência dos estados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)⁸.

Por sua vez, indo além das imunidades previstas no art. 150, VI, da Constituição, regra expressa de delimitação negativa da competência obsta a incidência do ICMS “sobre operações que destinem mercadorias para o exterior” e “sobre serviços prestados a destinatários no exterior”, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (excepcionando a orientação geral do 155, § 2º, inc. II), bem como “sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”, “sobre o ouro” (quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial) e “nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita” (Brasil, 1988).

Ao Senado Federal caberá a fixação das alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação, bem como o estabelecimento de alíquotas mínimas e máximas nas operações internas para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados (Brasil, 1988, art. 155, § 2º, incs. IV, V, VI)⁹. Lei complementar, para além do que já enuncia o art. 146 da Constituição, definirá contribuintes, disporá sobre a substituição tributária (CRFB, art. 150, § 7º), disciplinará o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços, estabelecer a exclusão da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, de serviços e outros produtos além dos mencionados no inc. X, ‘a’, prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias, definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez (com especificidades enunciadas no art. 155, § 4º), qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b, fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço (Brasil, 1988, art. 155, § 2º, inc. XII).

8 A jurisprudência da Suprema Corte, a propósito, é clara quanto à inconstitucionalidade decorrente da inexistência de acordo no CONFAZ a respaldar eventual desoneração de ICMS, já havendo deliberado, inclusive, pela impossibilidade da “modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos de leis estaduais que instituem benefícios sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, § 2º, XII, da CF [...]” (ADI 3.794 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18-12-2014, P, DJE de 25-2-2015) (Brasil, 2014). Os Convênios, pactuados no CONFAZ, são internalizados nos termos da legislação complementar que, no caso, ainda é a Lei Complementar nº 24/1975 (Brasil, 1975), por força do disposto no art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Lei Complementar nº 24, por sua vez, embalada pelo contexto autoritário de sua edição, dispensou a ratificação pelas Assembleias Legislativas dos convênios assinados pelos Secretários de Fazenda. No seu art. 4º, deixou ao Poder Executivo a competência para, “dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, [...] [publicar] decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo”. Essa atribuição movia a crítica doutrinária de afronta ao princípio da legalidade e ao regime democrático, em específico por conta da mudança trazida pela EC nº 03/1993, que determinou no § 6º do art. 150 ser imprescindível lei específica para a concessão de subsídio ou isenção. Sobre o tema, da jurisprudência do STF, confirmam-se os julgados prolatados no RE 630.705/MT e na ADI 5.929/DF (2012c).

9 Vide, por exemplo, A Resolução 13/2012 (Brasil, 2012) em: <https://legis.senado.leg.br/norma/586999/publicacao/15839317>

No caso específico do setor de energia distribuída de fonte solar, objeto deste artigo, na interpretação e concretização dessas normas dever-se-á ter em conta aquele dever de sustentabilidade que condiciona, também, o campo da disciplina jurídica das finanças públicas. Como visto para as contribuições ao PIS/PASEP e para a COFINS, o ICMS incidente tanto sobre as operações de circulação de energia (bem imaterial equiparado à mercadoria) quanto sobre os insumos empregados nas atividades distribuidoras, transmissoras e, para os nossos fins, geradoras de energia, é de sopesar, ao lado de sua reconhecida e ampla capacidade arrecadatória, as finalidades regulatórias (extrafiscalidade) que dirigem seus rumos no setor.

No que se refere ao ICMS, ademais, tendo em vista, notadamente, a geração distribuída de fonte solar, deve-se considerar tanto a incidência na importação de equipamentos quanto sobre as operações mesmo de circulação de energia¹⁰.

3.1 DA INCIDÊNCIA DO ICMS-IMPORTAÇÃO

O ICMS-importação alcança “a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade” (LC 87/1996, art. 2º, § 1º, I). São imunes a exportação de energia e a sua circulação interestadual a destinatário industrial ou comercial.

A ser pago pelo importador ou “qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que promova importação de mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja sua finalidade” (Rio de Janeiro, 1996, art. 15, VI), o critério temporal de sua incidência é demarcado no desembaraço aduaneiro da mercadoria ou bem importados do exterior, a despeito de ser possível considerar a sua ocorrência na entrega da mercadoria ou bem importado do exterior se efetuada antes do ato do despacho aduaneiro (LC 87/1996, art. 12, IX e § 7º). A sua base de cálculo, neste caso, com algumas exceções, é a soma do “valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação”, com o “imposto de importação”, o “imposto sobre produtos industrializados”, o “imposto sobre operações de câmbio” e “quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras”.

As alíquotas oscilam conforme se modifica a política fiscal, encontrando-se fixadas, basicamente, no art. 14 da Lei do Estado do Rio de Janeiro – LERJ nº 2.657/1996. Ali se prevê, por exemplo, que havendo anuência prévia da Secretaria de Estado de Fazenda a alíquota será de 12% em “operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e veículos, destinados à implantação, ampliação e modernização de unidades industriais ou agroindustriais, e visem à incorporação de novas tecnologias, à desconcentração industrial, à defesa do meio ambiente, segurança e saúde do trabalhador e à redução das disparidades regionais” (Rio de Janeiro, 1996, art. 14, XV, § 1º).

10 Põe-se de lado, neste estudo, uma discussão legítima e que demandaria a judicialização ou a mobilização política dos atores interessados sobre a supressão ou extensão de benefícios existentes aos setores energéticos mais poluentes e que, a despeito de sua importância histórica, seguem na contramão do dever constitucional de sustentabilidade no campo das finanças públicas.

De acordo com a Resolução Secretaria de Estado de Fazenda nº 6.484/2002 (Brasil, 2002), tendo em vista o disposto no art. 18, § 6º, do Regulamento do ICMS do Rio de Janeiro (Decreto nº 27.427/2000) (Brasil, 2000), a “responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente sobre as operações internas com energia elétrica, desde a realizada pelo gerador ou importador, é atribuída ao estabelecimento que realiza saída ao consumidor final”.

3.2 DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DO ICMS-IMPORTAÇÃO

Para haver regular desoneração, entretanto, já se disse ser indispensável harmonização federativa por meio do CONFAZ. Uma forte guerra fiscal interestadual ao longo dos anos, como é de todos conhecida, deu azo a desonerações desprovidas de pactuação. Sanando a situação, a Lei Complementar nº 160/2017 (Brasil, 2017) e, sob sua égide, o Convênio ICMS nº 190/2017 (Brasil, 2017), regulam a subsistência e a eventual remissão de créditos tributários relacionados a benefícios fiscais concedidos de forma irregular. Nessa direção, por força do Convênio ICMS nº 101/1997 (prorrogado até 31/12/2028 pelo Convênio ICMS nº 156/2017) (Brasil, 1997) autoriza-se a desoneração do ICMS sobre as operações com diversos produtos nele indicados com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH.

Também merece destaque o Convênio ICMS nº 109/2014 (Brasil, 2014), com a redação dada pelo Convênio ICMS nº 203/2019, pelo qual os Estados do Amapá, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina e São Paulo foram autorizados a conceder, sobre as mercadorias que especifica, diferimento do ICMS incidente tanto nas operações de aquisição interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquota, como nas de importação de máquinas, equipamentos e materiais sem similar nacional destinados à captação, geração e transmissão de energia solar ou eólica, bem como à geração de energia a partir de biogás, incorporadas ao ativo imobilizado de estabelecimentos geradores.

4 DO ICMS-CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA

Em se tratando de ICMS-circulação de mercadoria (no caso, a energia distribuída de fonte solar) sobre a operação de circulação, dá-se sua incidência com a saída do estabelecimento e, no caso das operações interestaduais, na entrada, no território do Estado, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização (LERJ nº 2.657/1996, art. 2º, I, e parágrafo único, III; art. 3º, I e § 1º) (Rio de Janeiro, 1996). A sua base de cálculo, na hipótese, é o valor da operação (LERJ nº 2.657/1996, art. 4º, I) e, na sua falta, “o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista do local da operação, ou, na sua falta, no mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia” (Rio de Janeiro, 1996, art. 7º, I).

As alíquotas na incidência do tributo sobre a operação com energia elétrica, na forma do art. 14, VI, da LERJ nº 2.657/1996, variam em função da quantidade consumida (Rio de Janeiro,

1996)¹¹. Igualmente por força da Resolução Secretaria de Estado de Fazenda 6.484/2002 (Brasil, 2002), tendo em vista o disposto no art. 18, § 6º, do Regulamento do ICMS do Rio de Janeiro (Decreto nº 27.427/2000) “a responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente sobre as operações internas com energia elétrica, desde a realizada pelo gerador ou importador, é atribuída ao estabelecimento que realiza saída ao consumidor final” (Brasil, 2000). Em 2015, na LERJ nº 7.122 (Rio de Janeiro, 2015), impulsionado, ainda que de forma implícita, pelo dever constitucional de promoção da sustentabilidade, o Estado do Rio de Janeiro instituiu a Política Estadual de Incentivo ao Uso da Energia Solar.

Para a consecução de seus objetivos, a lei atribui competência ao Estado do Rio para, dentre outras medidas, estabelecer instrumentos fiscais e creditícios à produção e à aquisição de equipamentos e materiais empregados em sistemas de energia solar (art. 3º, II) e consignar, na legislação orçamentária, recursos financeiros para o custeio de atividades, programas e projetos voltados para os objetivos previstos nesta Lei (art. 3º, IV). No art. 4º, V, previu-se ao Estado do Rio o desenvolvimento de ações voltadas à instalação de sistemas fotovoltaicos nos prédios públicos, escolas, empresas e autarquias, inclusive por meio de preferência na construção de prédios públicos estaduais (art. 5º, I) (Rio de Janeiro, 2015).

Incluiu-se na política, ainda, com “o intuito de criar um mercado consumidor para os materiais voltados para produção ou manutenção do sistema de energia solar”, previsão de que fosse reduzido “o valor da alíquota de ICMS incidente sobre estes materiais ou produtos acabados em 100%”, igual benefício se conferindo “ao ICMS sobre inversores de tensão e controladores de carga” (art. 7º). Nessa direção, o art. 8º instituiu, pelo prazo de 10 (dez) anos, isenção do ICMS sobre “a energia elétrica gerada pelo microgerador e minigerador participantes do sistema de compensação de energia elétrica, de que trata a Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012 da ANEEL” (Brasil, 2012).

Não custa lembrar que embora a lei de 2015 pressuponha, em linha de princípio, a definição de microgerador e de minigerador estabelecida no marco regulatório da citada REN nº 482/2012 (Brasil, 2012), não está, necessariamente, adstrita ao delineamento conceitual regulatório. Alterada a definição administrativa, portanto, não há automática e necessária mudança para fins financeiros e tributários. O arrastamento há de ser visto com muito cuidado, tendo em conta, notadamente, o regime de legalidade reforçada que orienta todas as finanças públicas sob o ordenamento constitucional de 1988. A Lei de 2015 e a política nela estabelecida continuam em vigor, mas a isenção do art. 8º foi, há pouco tempo, revogada (o que poderia ser lido como simples suspensão de eficácia, como explicaremos abaixo) pela LERJ nº 8.922/2020 (art. 5º) (Rio de Janeiro, 2020).

11 Cf.: “a) 18% (dezoito por cento) até o consumo de 300 quilowatts/hora mensais; a.1) 12% (doze por cento) até o consumo de 450 quilowatts/hora mensais para clientes residenciais que estejam enquadrados no Programa Especial de Tarifas Diferenciadas, conforme regulamentação da ANEEL, desde que cumpridas as exigências e contrapartidas em Resolução a ser editada pela Secretaria de Fazenda. b) 27% (vinte e sete por cento) quando acima do consumo estabelecido na alínea “a” até o consumo de 450 quilowatts/hora mensais; c) 28% (vinte e oito por cento) quando acima de 450 quilowatts/hora mensais; d) 6% (seis por cento) quando utilizada no transporte público eletrificado de passageiros” (Rio de Janeiro, 1996).

4.1 OS BENEFÍCIOS FISCAIS DO ICMS-CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA

Quaisquer benefícios tributários legítimos, contudo, já o dissemos, carecem de acordo federativo por meio do CONFAZ. Interessante benefício nas operações com a própria Administração Pública Estadual, diz respeito ao Convênio ICMS nº 26/2003, que autoriza “conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias” (Brasil, 2003), condicionando a desoneração “ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado”, “à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto” e “à comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior” (Cláusula primeira, § 1º, I, II, III). Infelizmente não há extensão à Administração Municipal, o que acaba por violar a equidade federativa, mas, para ser viabilizado, requereria recurso ao Judiciário ou mobilização das municipalidades para ver reconhecida a extensão. A isenção seria importante porque a imunidade recíproca, no momento, não costuma ser reconhecida pelo Judiciário a impostos indiretos nos quais a Administração figure como contribuinte de fato.

Já o Convênio ICMS nº 16/2015 (Brasil, 2015), ao qual o Rio de Janeiro aderiu pelo Convênio nº 157/2015, facultou aos estados a concessão de isenção do ICMS incidente sobre a energia elétrica fornecida pela distribuidora à unidade consumidora. Porém, somente a parcela correspondente à energia injetada e aos créditos de energia será abrangida pela isenção, prevendo a cláusula primeira, § 1º, inc. II, que o benefício “não se aplica ao custo de disponibilidade, à energia reativa, à demanda de potência, aos encargos de conexão ou uso do sistema de distribuição, e a quaisquer outros valores cobrados pela distribuidora”. Além disso, somente se poderá usufruir do favor fiscal se distribuidoras, microgeradores e minigeradores observarem os procedimentos previstos em “Ajuste SINIEF” (Brasil, 2015) e, ainda, as operações a serem isentas estejam contempladas com desoneração das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS.

Na sua redação original, com efeitos até 25/11/2015, o Convênio autorizava a isenção, sem restrições, à microgeração e à minigeração distribuída (“aplica-se somente à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração, conforme definidas na referida resolução”). De 26/11/2015 a 31/05/2018, com a redação dada pelo Convênio ICMS nº 130/15 (Brasil, 2015), restringiu-se o benefício à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração cuja potência instalada fosse, respectivamente, menor ou igual a 100 kW e superior a 100 kW e menor ou igual a 1 MW. Na redação ainda em vigor, com efeitos a partir de 01/06/2018, modificou-se, novamente, a potência instalada para, na microgeração, montante menor ou igual a 75 kW e, para a minigeração, potência superior a 75 kW e menor ou igual a 1 MW.

Em 2020, o Rio de Janeiro, na já mencionada Lei nº 8.922 (Rio de Janeiro, 2020), no art. 1º, forte naquele Convênio e, ainda, na cláusula décima terceira do Convênio ICMS nº 190/2017 e

no § 8º da Lei Complementar nº 160/2017 (Brasil, 2017), concedeu a referida isenção¹². A Lei nº 8.922/2020, no seu art. 5º, revogou a isenção concedida no art. 8º da LERJ nº 7.122/2015, criando, com as alterações da LERJ nº 8.990/2020, um benefício substituto nos seus arts. 3º e 4º. A nova desoneração, restringiu-se à microgeração distribuída, definida em resumo como a “central geradora de energia elétrica solar fotovoltaica com potência instalada menor ou igual a 75kW”, e à minigeração distribuída, compreendida como a “central geradora de energia elétrica solar fotovoltaica com potência instalada superior a 75kW e menor ou igual a 5MW”. Além disso, afastou da norma isentiva o custo de disponibilidade, a energia reativa, a demanda de potência, os encargos de conexão e outros valores cobrados pela distribuidora (Rio de Janeiro, 2020).

A Lei estadual, aderindo à definição regulatória, foi mais longe que o Convênio ao tratar da isenção aos microgeradores. Enquanto o Convênio fixava a potência em até 1MW, a lei estadual estabelece desoneração até 5MW. Sem o respaldo do Convênio, entretanto, a ampliação não é possível, de maneira que, para efeitos fiscais, os microgeradores foram fragmentos em duas modalidades: (i) aqueles com potência instalada superior a 75kW e menor ou igual a 1MW, com isenção; (ii) e aqueles com potência instalada superior a 1kW e menor ou igual a 5MW, sem o benefício do ICMS (Rio de Janeiro, 2020).

Esse fracionamento tributário não se confunde, a propósito, com o desmembramento regulatório. O fracionamento tributário, por isso, não encontra empecilho na regra do art. 4º-A da REN ANEEL nº 482/2012 (já com a alteração trazida pela REN nº 1.000/2021) (Brasil, 2021b) ou do § 2º do art. 11 da Lei nº 14.300/2022 (novo marco legal da minigeração e da microgeração distribuída), a teor do qual “É vedada a divisão de central geradora em unidades de menor porte para se enquadrar nos limites de potência para microgeração ou minigeração distribuída”.

A proibição, aí, é de desmembramento para finalidades regulatórias de enquadramento do tipo de central geradora, não para efeitos tributários, que trata, apenas, de uma forma de fracionar a central geradora para usufruir o benefício dentro da mesma categoria de gerador distribuído. Dito de outro modo, para fins apenas tributários, dentro de um mesmo tipo de enquadramento de central (na categoria de minigeradoras, por exemplo) nada obsta o fracionamento para efeitos de gozo do benefício fiscal.

Assim, uma minigeradora que poderia se constituir com potência de 5MW pode, sem se desmembrar em afronta à regra da Lei nº 14.300/2022, ser fracionada apenas para fins tributários em cinco minigeradoras de 1kW. Não há aí divisão de central em unidades menores para buscar um enquadramento administrativo distinto, uma vez que o enquadramento continua o mesmo: minigeração. Só haveria violação se uma central que não fosse caracterizada, já no início, como minigeradora,

12 “[...] nas operações de saídas internas de energia elétrica fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade correspondente à energia injetada na rede de distribuição somada aos créditos de energia ativa originados, no mesmo mês ou em meses anteriores, na própria unidade consumidora ou em outra unidade de mesma titularidade, desde que o responsável pela unidade tenha aderido ao sistema de compensação de energia elétrica, nos termos estabelecidos nesta Lei” (Rio de Janeiro, 2020, art. 1º).

buscasse sê-lo. Ou se um minigerador buscasse se fracionar em microgeradores, mudando, aí sim, a tipologia regulatória.

Nada obstante, o fracionamento tributário, que não se confunde com o administrativo, acaba por gerar uma externalidade institucional negativa, na medida em que amplia a complexidade dos arquétipos da regulação administrativa. Superá-lo pela via de repactuação federativa ou pela via da mutação interpretativa consubstancia atitude desejável.

Firme nesse propósito, alternativa possível, com provável risco de judicialização, residiria na compreensão sistemática da cláusula primeira do Convênio ICMS nº 16/2015 (Brasil, 2015), de maneira a garantir sua identidade com o marco regulatório, preservando o mandamento constitucional de promoção da sustentabilidade também no campo das finanças públicas. Embora, por regra, os efeitos administrativos e fiscais sejam independentes, a integração finalística se imporia com base naquele dever constitucional, o qual resta, ainda, favorecido pelo balanceamento que aponta a alternativa como via adequada, necessária e proporcional.

Não haveria, para isso, a propósito, impedimento decorrente do art. 111 do Código Tributário Nacional (Brasil, 1966), segundo o qual “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção”. É que não se estaria a tratar de norma sobre outorga de isenção, mas de norma (o Convênio do ICMS) de competência, que apenas autoriza futura criação do benefício fiscal pelos estados. E mais: estar-se-ia, apenas, a ampliar a dimensão temporal da norma de competência que faculta aos estados outorgar o benefício. Além disso, a compreensão sistemática do Convênio preserva a igualdade federativa, porquanto alcança todos os estados, mantendo a segurança jurídica dos contribuintes e o respeito ao mandamento de sustentabilidade ambiental existente na seara da tributação.

Como ensina Ricardo Lobo Torres (2000, p. 21), “as normas sobre a interpretação e a integração do Direito Tributário são ambíguas, insuficientes ou redundantes: necessitam elas próprias de interpretação”. Com efeito, o citado artigo 111, a despeito da insistência de parcela da dogmática tributária, apegada ao formalismo e ao literalismo radical, traz em seu núcleo significativo uma vedação de renúncia de receita (assim como de criação) sem respaldo legal, por meio da analogia, da equidade e dos princípios gerais de direito tributário ou público (Brasil, 1966, art. 108)¹³.

Focado como estamos na geração distribuída de energia de fonte solar, no que toca especialmente ao ICMS, há, quanto ao ICMS-Importação e ao ICMS-circulação de mercadoria, benefícios à aquisição de equipamentos de geração de fonte solar lastreado no Convênio ICMS nº 101/1997 e no Convênio ICMS nº 109/2014 (Brasil, 1997, 2014). Cuida-se de benefícios que, em linha de princípio, mais afetam a organização negocial interna da pessoa jurídica que prestará a geração, mas que, ainda assim, podem afetar o planejamento dos custos da geração distribuída. Também há desoneração de ICMS, afeta às operações de circulação de energia, mais especificamente sobre a energia injetada na rede distribuidora pelo gerador de fonte solar e créditos daí decorrentes, com lastro no

13 Ampla exposição sobre o tema acha-se em: (Alves; Bustamante, 2012)

Convênio ICMS nº 16/2015. Dadas as dúvidas em torno da desoneração aí autorizada, tendo em vista a interpretação do Convênio de forma sistemática, sem perder de vista a normatividade regulatória e a legislação estadual do Rio de Janeiro, verificou-se que a isenção aí prevista alcança a geração distribuída de potência de até 1 MW, sem prejuízo a que um microgerador, sem contrariar a regra de não fracionamento da Lei nº 14.300/2022, opte para fins fiscais constituir cinco centrais de 1 MW o invés de uma de 5MW.

Há, também, espaço argumentativo, embora com risco de judicialização, para se estender a isenção a centrais geradoras de potência maior que 5MW e, também, para postular que a isenção dure, ao menos, até dezembro de 2025, ao invés de dezembro de 2022. Igualmente com risco de judicialização, existe possibilidade de se obter o reconhecimento da não incidência do ICMS (muito mais do que uma sujeição ao favor fiscal da isenção) e de se pleitear a isenção concedida à instalação de geração distribuída em prédios públicos estaduais à esfera municipal.

Não foram encontrados na execução do estudo que lastreou o presente artigo, contudo, outros Convênios ICMS afetos à matéria aqui abordada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar, como proposto para este artigo, que o poder público vem promovendo uma efetiva política voltada ao incentivo às fontes alternativas de energia elétrica, desenvolvendo programas, firmando compromissos internacionais de expansão do uso de fontes renováveis de energia (caso da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, de 2015, na qual se fixaram objetivos de desenvolvimento sustentável até 2030), bem como implementando ações que, em se tratando de energia solar, ganharam robustez no país a partir de Resoluções Normativas da ANEEL (números 482/2012, 687/2015, 786/2017 e 1.000/2021) e, mais recentemente, com a Lei nº 14.300/2022 (Brasil, 2012, 2015, 2021).

Atentou-se, em específico, para o manejo da política tributária na prestação de serviço de geração de energia solar, de modo que o sujeito (pessoa natural ou jurídica) que atua na prestação do serviço de geração de energia solar há de considerar, primeiramente, a chamada tributação direta relativa à sua atividade. Suportará aí, basicamente, a incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ambos de competência federal e sem repercussões específicas, pelo apurado, para o segmento de geração energética de fonte sola. Já em relação à tributação indireta considerou-se, aqui, (i) o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), cobrado pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como (ii) as contribuições ao Programa de Integração Social e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e a contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), cobradas, todas, pela União.

Da mesma forma, discorreu-se sobre os benefícios fiscais relacionados à tributação incidente no setor, com destaque para a Lei nº 11.484/2007 (Brasil, 2007), que instituiu o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores (PADIS), e para o Convênio ICMS nº 101/1997 (Brasil, 1997), prorrogado até 31/12/2028 pelo Convênio ICMS nº 156/2017, que autorizou a desoneração do ICMS sobre as operações com diversos produtos nele indicados com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH.

O mapeamento dos benefícios fiscais concedidos pelo Estado do Rio de Janeiro ao setor, ainda assim, confirmou que se tem observado, conquanto de maneira tímida e carente de reforço, o mandamento constitucional que ordena positivamente o poder tributário como instrumento de regulação e fomento da exploração energética sustentável.

Essa trava da política tributária no setor de energia solar pode decorrer do cenário de austeridade e crise econômica e política dos últimos seis anos. Também é influenciada, provavelmente, pelo imaginário que guia a reforma tributária do consumo para alinhar o Brasil ao sistema da tributação do valor adicionado nos moldes europeus, caracterizado por tributação em nível quantitativo mais baixo que o vigente no Brasil, proporcional e neutra, com correções distributivas e de fomento que priorizam a atuação pela despesa pública.

Ainda assim, reitera-se, seu uso é presente, constante e capaz de estimular terceiros à prestação do serviço de geração de energia solar.

A agenda para melhor estudar e projetar caminhos para a geração distribuída de fonte solar, acelerando os passos rumo à transição para uma economia de baixo carbono, segue em aberto. O papel da tributação nesse processo não há de ser ignorado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Carolina Shroeder; BUFFON, Marciano. A extrafiscalidade tributária como instrumento de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 12, n. 65, 2015, 32-44, set./out. 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/92>. Acesso em: 14 abr. 2024.

ALVES, Henrique Napoleão; BUSTAMANTE, Thomas. A interpretação literal no direito tributário brasileiro: uma proposta de interpretação para o artigo 111 do CTN. In: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos de direito tributário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 331-356.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra; QUINTANILHA, Gabriel Sant'Anna. A Tributação do sol: estímulos para uma matriz energética sustentável e confiável. In: CARLI, Ana Alice; COSTA, Leonardo de Andrade; RIBEIRO, Ricardo Lodi (org.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. p. 233-247.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012**. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. Brasília, DF: ANEEL, 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 687, de 24 de novembro de 2015**. Altera a resolução normativa n. 482, de 17 de abril de 2012, e os módulos 1 e 3 dos procedimentos de distribuição – PRODIST. Brasília, DF: ANEEL, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 786, de 17 de outubro de 2017**. Altera a Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. Brasília, DF: ANEEL, 2017. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017786.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 1000, de 7 de dezembro de 2021**. Estabelece as Regras de Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica; revoga as Resoluções Normativas ANEEL nº 414, de 9 de setembro de 2010; nº 470, de 13 de dezembro de 2011; nº 901, de 8 de dezembro de 2020 e dá outras providências. Brasília, DF: ANEEL, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS n. 130, de 04/11/2015**. Dispõe sobre a adesão dos estados da Bahia, Maranhão e Mato Grosso e do Distrito Federal ao convênio ICMS 16/2015, que autoriza a conceder isenção nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o sistema de compensação de energia elétrica de que trata a resolução normativa n. 482, de 2012, da agência nacional de energia elétrica - ANEEL. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=305786>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS n. 16, de 2015**. Autoriza a conceder isenção nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o sistema de compensação de energia elétrica de que trata a resolução normativa n. 482, de 2012, da agência nacional de energia elétrica – ANEEL. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15#:~:text=Autoriza%20a%20conceder%20isen%C3%A7%C3%A3o%20nas,Nacional%20de%20Energia%20El%C3%A9trica%20%2D%20ANEEL. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS n. 190, de 2017**. Dispõe, nos termos autorizados na lei complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2. do art. 155 da constituição federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV190_17. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS n. 101, de 12/12/1997**. Concede isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=14712>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio/ICMS n. 26, de 4 de abril de 2003**. Autoriza os estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/serc/legato.nsf/749c4b1f5aedef7a304256b210079ce23/e556b9e-03192281004256d1a0044d9d1?OpenDocument#:~:text=Conv%C3%AAnio%2FICMS%20N%C2%BA%2026%2C%20DE,e%20suas%20Funda%C3%A7%C3%B5es%20e%20Autarquias>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **ICMS n. 109, de 2014**. Autoriza os estados que menciona a conceder diferimento do ICMS devido nas operações com máquinas, equipamentos e materiais destinados à captação, geração e transmissão de energia solar ou eólica incorporados ao ativo imobilizado de estabelecimentos geradores de energia solar ou eólica. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2014/CV109_14#:~:text=Autoriza%20os%20Estados%20que%20menciona,de%20energia%20solar%20ou%20e%C3%B3lica. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas constitucionais de revisão. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 27.427, de 17 de novembro de 2000**. Aprova o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/a912a1deb5407d36832569d0006f99d9/e435cb69bb47ffa7032569a10080b56c?OpenDocument>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003**. Altera o sistema tributário nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre convênio que permite aos estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da constituição federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a lei no 12.973, de 13 de maio de 2014. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/17745016#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20conv%C3%AAnio%20que%20permite,do%20%C2%A7%202%C2%BA%20do%20art>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975**. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2024%2C%20DE,mercadorias%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os programas de integração social (PIS) e de formação do patrimônio do servidor público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20n%C3%A3o%2Dcumulatividade,fiscais%2C%20a%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20inaptid%C3%A3o. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as leis ns 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.865, de 30 de abril de 2004. Dispõe sobre a contribuição para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público e a contribuição para o financiamento da seguridade social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.865.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.865%2C%20DE%2030%20DE%20ABRIL%20DE%202004&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Contribui%C3%A7%C3%A3o%20para,servi%C3%A7os%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o programa de apoio ao desenvolvimento tecnológico da indústria de semicondutores – PADIS e o programa de apoio ao desenvolvimento tecnológico da indústria de equipamentos para a TV digital – PATVD; altera a lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, 2007a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007. Cria o regime especial de incentivos para o desenvolvimento da infra-estrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da contribuição para o PIS/Pasep e da contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações; amplia o prazo para pagamento de impostos e contribuições [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111488.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a política nacional sobre mudança do clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 12.715, de 17 de setembro de 2012.** Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica; institui o programa de incentivo à inovação tecnológica e adensamento da cadeia produtiva de veículos automotores, o regime especial de tributação do programa nacional de banda larga para implantação de redes de telecomunicações, o regime especial de incentivo a computadores para uso educacional, o programa nacional de apoio à atenção oncológica e o programa nacional de apoio à atenção da saúde da pessoa com deficiência [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112715.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.360, de 17 de novembro de 2016.** Altera a lei n. 5.655, de 20 de maio de 1971, a lei n. 10.438, de 26 de abril de 2002, a lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, a lei n. 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a lei n. 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, a lei n. 7.990, de 28 de dezembro de 1989, a lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, a lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, a lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007, a lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012, a lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, a lei n. 13.169, de 6 de outubro de 2015, a lei n. 11.909, de 4 de março de 2009, e a lei n. 13.203, de 8 de dezembro de 2015; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/?/legisla/Legislacao.nsf/b110756561cd26fd03256ff500612662/10946f0157bfb14b8325806f003ab9c0&OpenDocument>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998.** Altera a legislação tributária federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.718%2C%20DE%2027%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201998&text=Altera%20a%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20Federal,Art. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19394.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.300, de 6 de janeiro de 2022.** Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS); altera as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114300.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Recurso extraordinário 835.818**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 150, § 6., e 195, I, b, da constituição federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – ICMS concedidos pelos estados e pelo Distrito Federal. Requerente: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 set. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4630911&numeroProcesso=835818&classeProcesso=RE&numeroTema=843>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Resolução autorizativa n. 12.588, de 30 de agosto de 2022**. Transfere de Pajeú energia solar SPE Ltda., para UFV Pajeú 4 SPE S.A., a autorização referente à central geradora fotovoltaica Pajeú 4, outorgada por meio da resolução autorizativa n. 11.469, de 5 de abril de 2022, localizada no município de Bom Jesus da Lapa, no estado da Bahia. Brasília, DF: Agência Nacional de Energia Elétrica, 2022. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/rea202212588ti.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Resolução n. 13, de 2012**. Estabelece alíquotas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-13-2012.htm#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%2013%2C%20DE%202012.&text=Estabelece%20al%C3%ADquotas%20do%20Imposto%20sobre,e%20mercadorias%20importados%20do%20exterior. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Resolução n. 6.484, de 5 de dezembro de 2002**. Autoriza o poder executivo a abrir ao fundo nacional de desenvolvimento - recursos sob supervisão da secretaria de planejamento da presidência pública - crédito especial até o limite de CR\$ 460.000.000,00, para o fim que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16484.htm#:~:text=LEI%20No%206.484%2C%20DE,para%20o%20fim%20que%20especifica. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Resolução normativa ANEEL n. 1.000, de 7 de dezembro de 2021**. Estabelece as regras de prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica; revoga as resoluções normativas ANEEL n. 414, de 9 de setembro de 2010; n. 470, de 13 de dezembro de 2011; n. 901, de 8 de dezembro de 2020 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.hidropan.com.br/resolucao-aneel-1000-2021/#:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20ANEEL%20n%C2%BA,de%20distribui%C3%A7%C3%A3o%20de%20energia%20el%C3%A9trica>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.185.070/RS**. Administrativo. serviço público concedido. energia elétrica. tarifa. repasse das contribuições do pis e da cofins. legitimidade. Recorrente: Edger Girard. Recorrido: CEED. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 22 de setembro de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/dj_inteiro. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **AG.REG no recurso extraordinário 630.705 - Mato Grosso**. Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. benefício fiscal. ausência de lei específica internalizando o convênio firmado pelo CONFAZ [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 dez. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/23508468>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.794**. Embargos de declaração em ADI. omissão. pedido de modulação temporal dos efeitos da decisão. declaração de inconstitucionalidade de lei que conferiu benefícios em matéria de ICMS sem que haja convênio do CONFAZ. embargos conhecidos para negar-lhes provimento. Relator: Min. Roberto Barroso, 18 dez. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7851429>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.053.574/RS**. Recurso Extraordinário. Direito Tributário. Direito Administrativo. PIS/COFINS. Serviços de telecomunicações. Concessão de serviços públicos. Equilíbrio econômico-financeiro. Política tarifária. 2. Exigência de lei complementar para o repasse de contribuições aos usuários de serviço público. Desnecessidade [...]. Recorrente: Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2019a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=RE&numero=1053574#>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1.187.264 – São Paulo**. constitucional e tributário. ICMS. inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta. possibilidade. desprovimento do recurso extraordinário. Requerente: Midori Auto Leather Brasil LTDA. Requerido: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755911571>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 574.706**. Requerente: IMCO-PA Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Requerido: União. Relator: Min. Cármen Lúcia, 2 jan. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 1.041.816-SP**. ICMS. eletricidade. valor global. tarifa de uso do sistema de distribuição e tarifa de uso do sistema de transmissão. exclusão na origem. recurso extraordinário. matéria constitucional. repercussão geral configurada. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Oscar da Silva. Relator: Min. Edson Fachin, 16 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13964158>. Acesso em: 18 abr. 2024.

CALIENDO, Paulo. Extrafiscalidade ambiental e incentivo às energias renováveis. In: CALIENDO, Paulo; CAVALCANTE, Denise Lucena. (org.). **Tributação ambiental e energias renováveis**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 12-13.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. A sétima tese: uma contribuição ao pensamento jurídico-financeiro no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 22, n. 119, p. 67-90, 2014.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Análise integral do direito (AID): primeiras aproximações e apontamentos para a pesquisa no direito público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 54, n. 213, p. 81-111, jan./mar. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p81. Acesso em: 8 maio 2023.

LOWNDES, Vivien; ROBERTS, Mark. **Why institutions matter: the new institutionalism in political science**. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2013.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente**: o tributo como instrumento de proteção ambiental. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica. 2011. 350 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

NABAIS, José Casalta. Tributos com fins ambientais. **Revista das Finanças Públicas e Direito Fiscal**, São Paulo, v. 16, n. 80, p. 253–283, maio/jun., 2008.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PAYÃO, Jordana Viana; RIBEIRO, Maria de Fátima. A extrafiscalidade tributária como instrumento de proteção ambiental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p. 276-310, set./dez. 2016. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminal/9549/acervo/detalhe/363150>. Acesso em: 14 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 2657, de 26 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/letra-a/aliquota/>. Acesso em: 18 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 7.122 de 03/12/2015**. Institui a política estadual de incentivo ao uso da energia solar. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=346265>. Acesso em: 18 abr. 2024.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 8.922, de 30 de junho de 2020**. Revoga o art. 8. da lei n. 7.122, de 03 de dezembro de 2015 e adere à isenção de ICMS nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o sistema de compensação de energia elétrica, concedida pelo item 222 do anexo i do decreto executivo do estado de Minas Gerais n. 43.080, de 13 de dezembro de 2002, com base no § 8. da lei complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017 e na cláusula décima terceira do convênio ICMS n. 190/2017. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=397896>. Acesso em: 18 abr. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Uma filosofia política para a transformação. **Revista Estudos Políticos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 22-34, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **Trata de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3.

UNCTAD - United Nations Trade Development. **World investment Report 2023**: investing in sustainable recovery. Switzerland: UNCTAD, 2023. Disponível em: <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2023>. Acesso em: 14 abr. 2024.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analyses become?**. New York: Verso, 1996.

A EMENDA CONSTITUCIONAL. N. 87/2015 E O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS À LUZ DO CONSTRUTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO NO ESTADO DO PARÁ

THE EC. N. 87/2015 AND THE ICMS
DIFAL: NORMATIVE CHANGES IN
THE LIGHT OF SEMANTIC LOGICAL
CONSTRUCTIVISM IN THE STATE OF PARÁ

Maria Stela Campos da Silva*

Daniel Fraiha Pegado**

Luiz Felipe da Fonseca Pereira***

*Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela UFPA. Professora da graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado acadêmico – PPGD e mestrado profissional – PPGDDA em Direito) da Universidade Federal do Pará. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7820-9547>

**Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia. Auditor Fiscal de Receitas Estaduais do Pará. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4412-6823>

***Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Graduado em Direito pela UFPA com período sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Professor de Direito Público na Universidade Federal do Pará e professor de Direito Digital na FIBRA e CESUPA. Consultor no projeto Elos do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Pnud – ONU-BRASIL. Vice-líder do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4005-9918>

Resumo: A Emenda Constitucional n. 87/2015 provocou significativas alterações na sistemática de incidência do diferencial de alíquotas do ICMS. Contudo, alguns atos normativos ao tratarem da mudança constitucional acabaram por revelar lógicas distintas às operações e às prestações interestaduais de bens e serviços de transporte e de comunicação, destinados a consumidores finais não contribuintes do ICMS, localizados no Estado do Pará. Nesse sentido, à luz do construtivismo lógico-semântico, serão analisadas as incompatibilidades normativas veiculadas nas disposições do Convênio CONFAZ n. 93/2015 e na Lei Estadual n. 8.315/2015, que ensejam grave insegurança jurídica aos sujeitos integrantes dessa relação jurídico-tributária.

Palavras-Chave: diferencial de alíquotas; ICMS; emenda constitucional n. 87/2015; convênio CONFAZ n. 93/2015; lei estadual n. 8.315/2015; construtivismo lógico-semântico.

Abstract: The constitutional Amendment n. 87/2015 caused significant changes in the system of incidence of the ICMS tax rate differential. However, some normative acts in dealing with this constitutional change have turned out to be distinct logics to the operations and supplies of goods and services intended for final non-consumers of ICMS located in the State of Pará. In this sense, in the light of logical-semantic constructivism, normative incompatibilities conveyed in the provisions of the CONFAZ Agreement no. 93/2015 and State Law no. 8.315/2015, which end up producing serious legal insecurity to the subjects of this legal-tax relationship.

Keywords: aliquot differential; ICMS; constitutional amendment n. 87/2015; CONFAZ agreement n. 93/2015; state law n. 8.315/2015; logic-semantic constructivism.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional (EC) n. 87/2015¹ – buscando arrefecer a indesejável disputa entre os entes federativos estaduais e adequar a face tributária da Lei Maior brasileira à realidade contemporânea do comércio eletrônico – consolidou significativas modificações nas disposições pertinentes à incidência tributária sobre as operações e as prestações interestaduais, convencionadas, frequentemente, como diferencial de alíquotas – DIFAL do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

O novo texto constitucional² – entre outras alterações na sistemática do DIFAL – passou a aplicar a alíquota interestadual do ICMS sobre todas as operações e as prestações, inclusive, quando destinadas a consumidores finais não contribuintes dessa espécie tributária, sobre as quais, outoramente, incidiam as alíquotas internas dos Estados de origem³.

Sob esse contexto, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, no exercício de sua missão institucional⁴, celebrou o Convênio ICMS/CONFAZ n. 93/2015, com o objetivo de firmar procedimentos gerais – normas referentes à tributação, à arrecadação, à fiscalização e ao gerenciamento de informações econômico-fiscais – a serem observados pelos Estados e pelo Distrito Federal, especificamente, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços de transporte de comunicação a consumidores finais não contribuintes do ICMS.

Na mesma linha, o Pará aprovou a Lei Estadual n. 8.315/2015 (Pará, 2015), dispondo a respeito do DIFAL incidente sobre operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidores finais, contribuintes ou não do ICMS, localizados em outras unidades da Federação.

Não obstante apresentem finalidades muito próximas, pela análise dessas disposições normativas, é possível identificar prescrições distintas sobre a estrutura básica do diferencial de alíquotas incidente sobre operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS, localizados no Estado do Pará.

Atenta-se que apesar da existência do tema 1.093 (Brasil, 2023)⁵ no Supremo Tribunal Federal e sua relação com as ADI ns. 5.469, 7.070 (Brasil, 2021, [2023]) etc., o presente trabalho tem o escopo de analisar como o Convênio ICMS/CONFAZ n. 93/2015, e depois cancelado pela Lei

1 A EC n. 87/2015 alterou a redação do § 2º do art. 155 da CF/1988, bem como incluiu o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (Brasil, 2015a). As modificações tratam da sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidores finais, contribuintes ou não do Imposto, localizados em outros Estados da Federação.

2 Art. 155, § 2º, VII e VIII, “a” e “b”, da CF/1988 (redação dada pela EC n. 87/2015) (Brasil, 1988, 2015a).

3 Art. 155, § 2º, VII, “b”, da CF/1988 (Brasil, 1988) (redação original, anterior à EC n. 87/2015).

4 Art. 147, do Anexo I, do Decreto Federal n. 9.745/2019, combinado com o art. 3º do Regimento do CONFAZ, aprovado pelo do Convênio ICMS n. 133/1997 (Brasil, 1997, 2019a).

5 Ressalta-se que o presente tema definiu a necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015 (Brasil, 2015a).

Estadual n. 8.315/2015, sob luz do construtivismo lógico semântico, gerou impactos nas operações de ICMS no estado do Pará.

Sob essa perspectiva, será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental com metodologia hipotético-dedutivo, investigação de viés jurídico-exploratório, com o objetivo de analisar em que medida a incompatibilidade normativa entre o Convênio CONFAZ n. 93/2015 e a Lei Estadual n. 8.315/2015 produz insegurança nas relações jurídico-tributárias decorrentes das operações e prestações interestaduais com bens e serviços destinados a consumidores finais não contribuintes localizados no Estado do Pará.

Nesse sentido, através da teoria do construtivismo lógico-semântico com a identificação da regra-matriz de incidência tributária como método de análise da estrutura normativa dos tributos serão desenvolvidos comentários sobre o contexto da edição da EC n. 87/2015, bem como acerca das principais alterações levadas a efeito pela mudança constitucional. Posteriormente, será identificado o tratamento dispensado ao diferencial de alíquotas do ICMS pelo Convênio CONFAZ n. 93/2015 e pela LE n. 8.315/2015.

Por fim, serão abordadas as incompatibilidades identificadas entre os atos normativos apreciados por meio da regra matriz de incidência tributária, posicionando-os como fator de insegurança nas relações jurídico-tributárias decorrentes das operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços de transporte e de comunicação a consumidores finais não contribuintes do ICMS localizados no Estado do Pará.

1 CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO: A ANÁLISE DOS TRIBUTOS A PARTIR DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA

O “construtivismo lógico-semântico” é uma escola de pensamento jurídico que tem sua preocupação na utilização de categorias semióticas, no estudo da teoria da linguagem e dos valores para compreensão do direito posto e, por consequência, a análise da norma (Tomé; Favacho, 2017, p. 275), possuindo forte característica analítica⁶-hermenêutica⁷ (Morchón, 2005, p. 3) e proximidade com o realismo jurídico italiano⁸.

6 A característica analítica se dá em virtude dos estudos em face dos enunciados compostos e busca por decomposições mais simples, bem como a preocupação com o critério semântico, em virtude de sua proximidade com o realismo jurídico italiano, em especial o realismo jurídico italiano metodológico, pautado em uma filosofia do direito de orientação analítica, não como uma teoria, mas sim como um método, um método de análise lógica da linguagem (Guastini, 2005, p. 370-371).

7 Sua característica hermenêutica advém da inserção do direito dentro da conjectura cultural no qual ele está imerso, pois o direito se expressa pela linguagem e é fruto da cultura que o rodeia, pois é produzido pelo homem e sua interpretação não pode desconsiderar este fator de formação do direito posto (Ferreira, 2018, p. 19-20).

8 O realismo jurídico italiano ou realismo jurídico genovês, título dado em virtude de ter surgido nos estudos de professores da Universidade de Gênova na Itália, se divide em 3: o realismo jurídico ontológico, o realismo jurídico epistemológico e o realismo jurídico metodológico, que por sua vez, tem como objeto a interpretação do direito e respondendo à pergunta: “qual o tipo de atividade é a atividade interpretativa?” (Mello, 2016, p. 191).

O construtivismo possui densa relação com a filosofia da linguagem⁹, em virtude do giro-linguístico, movimento este, que tem seu marco na obra “Tractatus Logico-Philosophicus” de Ludwig Joseph Johann Wittgenstein, para quem o direito se apresenta por meio da linguagem, e por ela que ocorre o processo de construção de sentido das normas. Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 25) explica:

Penso em expediente que potencialize a investigação: de primeiro, por sair amarrando e costurando os conceitos fundamentais, estipulando o conteúdo semântico dos termos e expressões de que se servem os especialistas, preparando-os para outra sorte de indagações, agora de cunho culturalista; e por fim, munidos desse poderoso instrumental, aplicá-lo ao direito tributário de nossos dias.

Para compreensão da Regra Matriz de Incidência Tributária – RMIT é necessário revisar os ensinamentos de Lourival Vilanova (2005, p. 98-99) sobre a estrutura lógica das normas jurídicas. Segundo o autor, a primeira parte de uma proposição jurídica¹⁰, a norma primária, é composta de um antecedente, no qual se apresenta a hipótese descritiva do fato de possível ocorrência, e de um consequente, dotado de caráter prescritivo. Esta tese é de proposição relacional.

O antecedente normativo é um enunciado factual, uma estrutura aberta que apresenta conotações identificadas em determinados fatos, possibilitando seu ingresso no mundo jurídico. O consequente vincula-se ao antecedente por força da casualidade jurídica, estabelecendo relação jurídica entre o sujeito ativo e o passivo, em face de um objeto. Em concreto, a relação jurídica surge quando o pressuposto fático no antecedente se concretizar (Kzam Neto, 2017, p. 32).¹¹

Isto é, ocorrido a hipótese descritiva do antecedente, no consequente se apresenta a relação em que o sujeito S’ “fica face” a outro sujeito S”. Em outros termos: S’ R S”, no qual R é o *func-tor* relacional não descritivo, pois não descreve uma relação existente ou empiricamente dada, mas sim, é deôntico, um *deve-ser*, modalizado nas expressão de algo que é “proibido”, “permitido” ou “obrigado” (Vilanova, 2005, p. 99).

A RMIT prescreve o dever de pagar tributo, delimitando hipoteticamente os critérios que se referem à obrigação e aos eventos jurídicos que se apresentam, a exemplo dos sujeitos passíveis de serem vinculados ao redor da prestação tributária que é pecuniária, bem como os fatores materiais, de tempo e de lugar. Nesse sentido, Kzam Neto (2017, p. 96) prolata que:

Do ponto de vista didático, a regra-matriz de incidência tributária ou norma tributária propriamente dita é a que demarca o núcleo do tributo, definido sua incidência. Sua construção é a obra do intérprete através da leitura dos enunciados prescritivos que compõem os textos do direito positivo.

9 Para esta concepção filosófica o conhecimento é alcançado por meio da linguagem, isto é, entre linguagens e não mais entre sujeito e objeto, pois o conhecimento pressupõe a existência da linguagem (Wittgenstein, 1994).

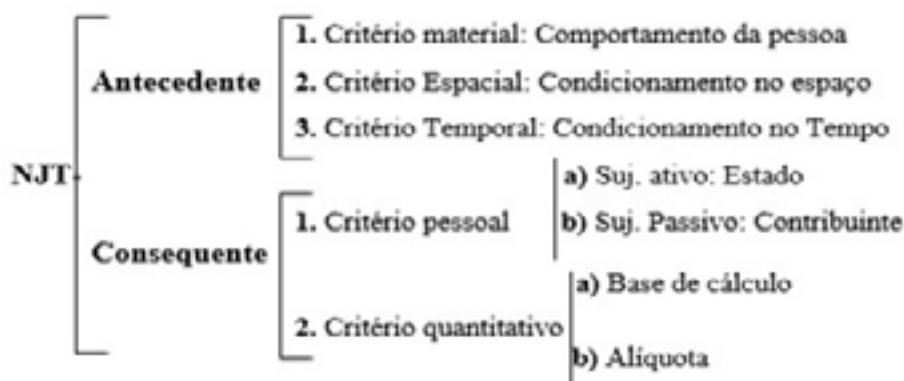
10 A proposição jurídica completa é formada pela norma primária e secundária (Vilanova, 2005, p. 98).

11 O antecedente se refere a um fato e consequente prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar se ocorrer, este é o motivo de serem também denominados como descritor e prescritor respectivamente (Carvalho, 2004, p. 238-239).

Por operar na esfera da possibilidade, a RMIT irá prever de forma genérica e abstrata os critérios para identificação do evento que ocorrerá na realidade e a conduta prevista, por isso é uma norma geral e abstrata¹².

No antecedente, hipótese ou descritor há o critério material, o critério espacial e o critério temporal. Por sua vez, no consequente – ou prescritor – há o critério pessoal e o critério quantitativo. A conjunção de todas essas informações permite a percepção do núcleo lógico-estrutural da norma padrão de incidência tributária, ou seja, da norma jurídica tributária (NJT), como na formulação:

Figura 1 – Formulação da Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT)



Elaboração: Autores.

A Regra Matriz de Incidência Tributária – RMIT, como norma geral e abstrata, nas palavras de Vicente Albuquerque Júnior (2019, p. 8) “deve passar pela subsunção ao fato concreto, sendo necessário identificar seus critérios a partir da análise das leis que a estabelecem”, com o escopo de uma melhor interpretação e identificação de equívocos que possivelmente causem insegurança jurídica.

Neste contexto a RMIT se apresenta como um importante instrumento para análise da legislação tributária, em especial quando há 3 disposições legais que divergem entre si, como no caso da EC n. 87/2015, o Convênio ICMS/CONFAZ n. 93/2015 e a Lei Estadual n. 8.315/2015, com escopo de identificar essas diferenças e riscos presentes em especial aos contribuintes por conta da insegurança jurídica gerada.

2 A EC N. 87/2015: BREVE CONTEXTO, OBJETIVOS PRETENDIDOS E PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NORMATIVAS NA INCIDÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DO ICMS

A EC n. 87/2015 (Brasil, 2015a) alterou a redação dos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da CF/1988, bem como incluiu o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (Brasil, 1988).

¹² É geral, pois prevê a possibilidade uma ação geral, não uma ação concreta ou específica, e abstrata, visto que possui critérios para reconhecimento do evento em tela e não a linguagem de um fato já ocorrido, pois isto é papel da normal individual e concreta, norma esta que se personifica por exemplo no lançamento tributário (Kzam Neto, 2017, p. 97).

Em apertada síntese, o novo texto constitucional modificou a sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações e as prestações interestaduais que destinem bens e serviços de transporte e de comunicação a consumidores finais, contribuintes ou não do Imposto.

Antes da aprovação da EC, a Constituição dirigia a duas lógicas de tributação, quando destinadas a consumidores finais, contribuintes do ICMS, localizados em outras unidades federativas, sobre as operações e as prestações interestaduais incidiam as alíquotas interestaduais¹³. Nessa hipótese, gerava-se ao Estado destinatário o direito à cobrança do ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual¹⁴ do Estado de origem¹⁵.

Significa dizer que a competência tributária para exigir o ICMS sobre a circulação interestadual de mercadorias e sobre a prestação interestadual de serviços de transporte e de comunicação era dividida entre o Estado de origem e o Estado de destino. Assim, havia repartição do imposto entre as duas unidades federativas, caracterizando o ICMS como um tributo de incidência tanto sobre a produção, quanto sobre o consumo de bens e serviços.

De outro modo, quando destinadas a consumidores finais, não contribuintes do ICMS, localizados em outras unidades federativas, sobre as operações e as prestações interestaduais incidia a alíquota interna do Estado de origem¹⁶. Nesse caso, não haveria diferencial de alíquotas, pois a competência para exigência do ICMS seria exclusiva da unidade federativa onde se localizava o contribuinte, remetente das mercadorias ou o prestador dos serviços de transporte interestadual e de comunicação. Logo, todo o tributo era revertido em favor do Estado de origem, aproximando o ICMS de um imposto sobre a produção de bens e serviços.

Esse quadro distorcia – injustificadamente – a necessária cooperação federativa. Primeiro porque a adoção do sistema híbrido, origem-destino, para a determinação de competência para a tributação de operações e prestações interestaduais fazia com que os Estados menos industrializados, grandes importadores de bens e serviços gerados em outras unidades da Federação, fossem prejudicados, vendo parte da tributação sobre o consumo efetivado em seus territórios ser aproveitada pelos Estados mais ricos e industrializados do país.

13 Art. 155, § 2º, VII, “a”, da CF/1988 (Brasil, 1988) (redação original, anterior à EC n. 87/2015).

14 Nos termos do art. 155, § 2º, IV, da CF/1988, o Senado Federal, por meio de Resoluções, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovadas por maioria absoluta de seus membros, tem a competência para estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais sujeitas à incidência do ICMS. Conforme disposto nas Resoluções do Senado Federal n. 22/1989, n. 95/1996 (Brasil, 1996b) e n. 13/2012 (Brasil, 2012), as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais são: [a] 12% quando, independentemente do Estado de origem, destinadas aos Estados localizados nas Regiões Sul e Sudeste, exceto o Espírito Santo; [b] 12% quando realizadas entre os Estados das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e, ainda, o Estado do Espírito Santo; [c] 7% quando, originadas nos Estados localizados nas Regiões Sul e Sudeste, exceto o Espírito Santo, destinadas aos Estados das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo; [d] 4% em prestações de transportes aéreos com passageiros, cargas e malas postais; [e] 4% em operações com bens e mercadorias importadas do exterior, que – após seu desembaraço aduaneiro – não tenham sido submetidas a processo de industrialização ou, ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de Importação superior a 40%.

15 Art. 155, § 2º, VIII, da CF/1988 (Brasil, 1988) (redação original, anterior à EC n. 87/2015).

16 Art. 155, § 2º, VII, “b”, da CF/1988 (Brasil, 1988) (redação original, anterior à EC n. 87/2015).

Segundo, pois, com o advento tecnológico e a forte expansão do comércio virtual, os Estados consumidores de bens e serviços nacionais experimentaram significativas perdas de suas receitas tributárias, pois – sobre as compras eletrônicas efetivadas por consumidores finais não contribuintes do ICMS – o tributo seria devido somente ao Estado onde se localizasse o estabelecimento comercial remetente dos bens ou prestador dos serviços.

Em reação, esses Estados consumidores intensificaram o processo de concessão unilateral de benefícios fiscais, bem como passaram a adotar outras práticas de disputa federativa, como – por exemplo – a batalha da tributação sobre as compras eletrônicas interestaduais, viabilizada pela edição do inconstitucional Protocolo CONFAZ/ICMS n. 21/2011, triste capítulo do drama federativo intitulado de guerra fiscal interestadual.

Nesse contexto, surge a EC n. 87/2015 como estratégia político-jurídica de mitigação do problema. A mudança no desenho constitucional do diferencial de alíquotas do ICMS implicou a adoção – em todas as operações e prestações interestaduais sujeitas ao imposto – da alíquota interestadual, independentemente, da qualificação dos consumidores finais dos bens e serviços como contribuintes ou não do tributo¹⁷.

Em outras palavras, objetivou-se a diminuição dos prejuízos dos Estados consumidores, extinguindo-se a possibilidade de as unidades federativas de origem aproveitarem-se – integralmente – da arrecadação do ICMS resultante do consumo de bens e serviços efetivado em outros Estados.

Não obstante, o constituinte reformador, visando amenizar o impacto resultante da perda de arrecadação dos Estados de origem, bem como neutralizar as resistências políticas desses entes federativos, estabeleceu regra de transição, pela qual – nos três anos subsequentes¹⁸ à edição da EC n. 87/2015 – haveria repartição decrescente do valor apurado a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais¹⁹, até que os Estados de destino pudessem aproveitar a integralidade do DIFAL²⁰.

Vale mencionar que o Diferencial de Alíquota de ICMS ou simplesmente DIFAL, é em verdade um novo cálculo que deve ser usado para operações de transporte interestadual de mercadorias em que o destinatário não é contribuinte do ICMS. Um vez que o ICMS é pago para o estado de origem, o de destino requer uma parte do imposto e cobra a respectiva diferença de alíquota (Braz, 2022).

No mais, o constituinte derivado – visando evitar distorções normativas – teve o cuidado de atribuir responsabilidade tributária pelo recolhimento do DIFAL. No caso das operações e prestações interestaduais serem destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS, determinou que o pagamento do tributo ficasse ao encargo do contribuinte-remetente-prestador de bens e serviços²¹.

17 Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (redação dada pela EC n. 87/2015) (Brasil, 1988, 2015a).

18 Art. 99, II, III, IV, do ADCT (disposições inseridas pela EC n. 87/2015).

19 Art. 99, *caput*, do ADCT (disposições inseridas pela EC n. 87/2015).

20 Art. 99, V, do ADCT (disposições inseridas pela EC n. 87/2015).

21 Art. 155, § 2º, VIII, “a”, da CF/1988 (disposições inseridas pela EC n. 87/2015).

Por outro turno, quando fossem contribuintes do imposto, o dever de pagamento recairia sobre os próprios destinatários-contribuintes, consumidores finais das mercadorias adquiridas e dos serviços tomados²². Essas noções ora apresentadas se confirmam no quadro abaixo:

Quadro 1 – Constituição Federal de 1988 após a EC n. 87/2015

Diferencial de Alíquotas – ICMS – Consumidor Final Não Contribuinte – CF/1988		
ANTECEDENTE		
Critério	Enunciado	Dispositivo
Material	Realizar operações de circulação interestaduais de mercadorias ou prestações interestaduais de serviços de transporte e de comunicação.	Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (Brasil, 1988).
Espacial	Estado de destino.	Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (Brasil, 1988).
Temporal	Saída interestadual do território de origem. Entrada interestadual no território destino	Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (Brasil, 1988).
CONSEQUENTE		
Critério	Enunciado	Dispositivo
Pessoal (Ativo)	Estado de origem (até 2018). Estado de destino.	Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (Brasil, 1988).
Pessoal (Passivo)	Contribuinte do ICMS, remetente de operações de circulação interestadual de mercadorias ou prestador interestadual de serviços de transporte e de comunicação (responsável tributário). Contribuinte do ICMS, destinatário das operações de circulação interestadual de mercadorias ou das prestações interestaduais de serviços de transporte e de comunicação (responsável tributário).	Art. 155, § 2º, VIII, “b”, da CF/1988. Art. 155, § 2º, VIII, “a”, da CF/1988 (Brasil, 1988).
Quantitativo (Base de Cálculo)	Valor da operação de circulação interestadual de mercadorias ou da prestação interestadual de serviços de transporte e de comunicação.	Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (Brasil, 1988). Art. 99 do ADCT.
Quantitativo (Alíquota)	Interestaduais: 4%; 7%; 12%. Internas: conforme legislação do Estado de destino.	Art. 155, § 2º, IV, da CF/1988. Art. 155, § 2º, VI, da CF/1988. Art. 155, § 2º, VII, da CF/1988 (Brasil, 1988). Art. 1º, <i>caput</i> e, parágrafo único, II, da Resolução do Senado Federal n. 22/1989 (Brasil, 1989). Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 95/1996 (Brasil, 1996b). Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 13/2012 (Brasil, 2012).

Elaboração: Autores.

Delineado o tratamento dado ao DIFAL pela EC n. 87/2015, construído à luz das noções acima explicitadas sobre a estrutura dos tributos com fundamento na regra matriz de incidência, segue-se para análise do Convênio Confaz n. 93/2015.

3 O DIFAL NO CONVÊNIO CONFAZ N. 93/2015

O Conselho Nacional de Política Fazendária é órgão colegiado do Ministério da Economia²³, composto por representantes das Administrações Tributárias dos Governos Federal, Estaduais e Distrital²⁴.

22 Art. 155, § 2º, VIII, “b”, da CF/1988 (disposições inseridas pela EC n. 87/2015) (Brasil, 1988, 2015a).

23 Art. 32, XI, da Lei Federal n. 13.844/2019, combinado com o art. 2º, III, “b”, do Anexo I, do Decreto Federal n. 9.745/2019 (Brasil, 2019b).

24 Art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, do Regimento do CONFAZ, aprovado pelo do Convênio ICMS n. 133/1997 (Brasil, 1997).

O CONFAZ tem, dentre outras, a finalidade de promover as ações necessárias à elaboração de políticas e à harmonização de procedimentos e de normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal²⁵.

Nesse sentido, relacionam-se entre suas competências²⁶ institucionais a celebração de atos que possibilitem o reconhecimento da extraterritorialidade das legislações das pessoas políticas estaduais²⁷, a cooperação e a assistência mútua na fiscalização de seus tributos e na permuta de informações fiscais²⁸, bem como de atos sobre outras matérias de interesse dos entes estaduais.

Sob essa perspectiva foi editado o Convênio ICMS/CONFAZ n. 93/2015, cujo objetivo foi firmar procedimentos a serem observados pelos Estados e pelo DF, especificamente, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços de transporte de comunicação a consumidores finais não contribuintes do ICMS.

De acordo com esse Convênio, os contribuintes, remetentes de bens ou prestadores de serviços, ao realizarem operações ou prestações (saídas) interestaduais deverão recolher – aos Estados destinatários, onde se localizem os consumidores finais não contribuintes do ICMS – o tributo referente à diferença entre as alíquotas interna, da unidade federativa de destino, e interestadual, conforme o Estado de origem²⁹.

A base de cálculo para a apuração do DIFAL devido será composta pelo valor correspondente de cada operação ou prestação interestadual de transporte FOB³⁰ e de comunicação³¹, a qual compreenderá o montante do próprio ICMS, do imposto sobre produtos industrializados (IPI), bem como os valores relativos a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, ou objetos de descontos condicionais³². O Convênio CONFAZ n. 93/2015 define a método de apuração do DIFAL.

A grosso modo: do resultado da multiplicação entre a base de cálculo (bc) e a alíquota interna (al intra) aplicável à operação ou prestação, é subtraído o valor do ICMS incidente sobre a operação interestadual³³.

25 Art. 1º do Regimento do CONFAZ, aprovado pelo do Convênio ICMS n. 133/1997 (Brasil, 1997).

26 Art. 147, II, do Anexo I, do Decreto Federal n. 9.745/2019, cc. o art. 3º, II, do Regimento do CONFAZ, aprovado pelo do Convênio ICMS n. 133/1997 (Brasil, 1997, 2019a).

27 Art. 102 do CTN.

28 Art. 199 do CTN.

29 Cláusulas Segunda, I, “a”, “b” e “c”, e II, “a”, “b” e “c”, e Quarta, ambas, do Convênio CONFAZ n. 93/2015 (Brasil, 2015b).

30 O acrônimo FOB (*Free on Board*) significa modalidades de prestação de transporte interestadual nas quais os custos de frete são encargo do tomador do serviço de transporte. Já a modalidade de prestação de transporte CIF (*Cost, Insurance and Freight*) o remetente é o responsável pelas despesas de custo, seguro e frete, não incidirá o DIFAL, conforme disposto no § 3º da Cláusula Segunda, do Convênio CONFAZ n. 93/2015 (Brasil, 2015b).

31 Cláusula Segunda, § 1º, do Convênio CONFAZ n. 93/2015 (Brasil, 2015b).

32 Art. 13, §§ 1º e 2º, da LC n. 87/1996 (Brasil, 1996a).

33 Cláusula Segunda, § 1º-A, do Convênio CONFAZ n. 93/2015 (Brasil, 2015b).

No mais, o Convênio estipula que o valor do DIFAL apurado seja repartido entre os Estados de origem e de destino da operação. Essa repartição do DIFAL será decrescente entre os anos de 2016-2018, até que em 2019, deixaria de existir, destinando-se todo o ICMS apurado ao Estado de destino da operação³⁴. É possível representar a repartição do DIFAL total (dif tot), considerando a parcela devida ao Estado de Destino pela seguinte fórmula:

$$DIFAL \text{ destino (2016)} = dif \text{ tot} \cdot 40\%.$$

$$DIFAL \text{ destino (2017)} = dif \text{ tot} \cdot 60\%.$$

$$DIFAL \text{ destino (2018)} = dif \text{ tot} \cdot 80\%.$$

$$DIFAL \text{ destino (2019 em diante)} = dif \text{ tot} \cdot 80\%.$$

Posto isso, aplicando a lógica da RMIT ao Convênio CONFAZ n. 93/2015, é possível desenhar a estrutura básica do DIFAL decorrente das operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores de bens e serviços não contribuintes do ICMS, conforme quadro 2.

Quadro 2 – Convênio CONFAZ n. 93/2015 - RMIT

Diferencial de Alíquotas – ICMS – Consumidor Final Não Contribuinte – Convênio CONFAZ n. 93/2015		
ANTECEDENTE		
Critério	Enunciado	Dispositivo
Material	Realizar operações de circulação interestaduais de mercadorias ou prestações interestaduais de serviços de transporte e de comunicação.	Cláusulas Primeira e Segunda do Convênio CONFAZ n. 93/2015.
Espacial	Estado de destino.	Cláusulas Primeira, Segunda e Sexta do Convênio CONFAZ n. 93/2015.
Temporal	Saída interestadual do território de origem.	Cláusula Quarta do Convênio CONFAZ n. 93/2015.
CONSEQUENTE		
Critério	Enunciado	Dispositivo
Pessoal (Ativo)	Estado de destino.	Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ n. 93/2015.
Pessoal (Passivo)	Contribuinte do ICMS, remetente de operações de circulação interestadual de mercadorias ou prestador interestadual de serviços de transporte e de comunicação (responsável tributário).	Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ n. 93/2015.
Quantitativo (Base de Cálculo)	Valor da operação de circulação interestadual de mercadorias ou da prestação interestadual de serviços de transporte e de comunicação.	Cláusula Segunda, § 1º, do Convênio CONFAZ n. 93/2015.
Quantitativo (Alíquota)	Interestaduais: 4%; 7%; 12%. Internas: 30%; 28%; 25%; 21%; 17%; 12%.	Art. 155, § 2º, IV, da CF/1988 (Brasil, 1988). Art. 1º, <i>caput</i> e, parágrafo único, II, da Resolução do Senado Federal n. 22/1989 (Brasil, 1989). Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 95/1996 (Brasil, 1996b). Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 13/2012 (Brasil, 2012). Cláusula Sexta do Convênio CONFAZ n. 93/2015. Art. 12 da LE n. 5.530/1989 (Pará, 1989). Art. 10 da LE n. 8.315/2015.

Elaboração: Autores.

34 Cláusula Décima, I, “a”, “b” e “c”, e II, “a”, “b” e “c”, do Convênio CONFAZ n. 93/2015 (Brasil, 2015b).

4 O DIFAL NA LEI ESTADUAL N. 8.315/2015

A Lei n. 8.315/2015 (Pará, 2015) dispõe a respeito da exigência do DIFAL incidente sobre operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidores finais, contribuintes ou não do ICMS.

No que se refere ao objeto de estudo deste artigo, às operações e às prestações interestaduais que destinem a consumidores finais não contribuintes do ICMS, localizados no território paraense, a Lei Estadual estabelece que nas entradas, no território paraense, de bens e serviços de transporte e de comunicação, os contribuintes, remetentes ou prestadores, devem recolher o ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna, do Estado do Pará, e a interestadual, conforme o Estado de origem³⁵.

A Lei n. 8.315/2015 (Pará, 2015) estabelece o ajuste da base de cálculo da operação ou da prestação interestadual para fins de apuração do DIFAL total. Determina que do valor original da operação ou prestação seja excluído o valor do ICMS destacado, conforme a alíquota interestadual, para que – em sequência – seja inserido o montante do Imposto correspondente à alíquota interna incidente sobre o bem adquirido ou o serviço prestado³⁶.

Nesse caminhar, a LE estipula que para a apuração do DIFAL total (dif tot) incidente sobre a operação ou a prestação, sobre a base de cálculo ajustada seja aplicada a alíquota interna do Pará e a esse produto seja diminuído o valor do ICMS interestadual³⁷. No mais, a LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015) determina a repartição temporária do DIFAL entre os anos de 2016-2018, até que em 2019, o tributo seja integralmente aproveitado pela Fazenda Pública do Estado do Pará³⁸. Assim, a repartição do DIFAL total (dif tot), considerando a parcela devida ao Estado do Pará:

$$DIFAL \text{ Pará (2016)} = dif \text{ tot} . 40\%.$$

$$DIFAL \text{ Pará (2017)} = dif \text{ tot} . 60\%.$$

$$DIFAL \text{ Pará (2018)} = dif \text{ tot} . 80\%.$$

$$DIFAL \text{ Pará (2019 em diante)} = dif \text{ tot} . 80\%.$$

Posto isso, ao aplicar a lógica da regra matriz de incidência tributária à Lei Estadual n. 8.315/2015, é possível desenhar a estrutura básica do DIFAL decorrente das operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores de bens e serviços não contribuintes do ICMS, conforme o quadro 3:

35 Art. 13, §§ 1º e 2º, da LC n. 87/1996 (Brasil, 1996a).

36 Arts. 6º e 7º, I e II, da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).

37 Art. 7º, I, II, III e IV, da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).

38 Art. 8º, I, II, III e IV, da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).

Quadro 3 – Lei Estadual n. 8.315/2015 - RMIT

Diferencial de Alíquotas – ICMS – Consumidor Final Não Contribuinte – Lei Estadual n. 8.315/2015		
ANTECEDENTE		
Critério	Enunciado	Dispositivo
Material	Realizar operações de circulação interestaduais de mercadorias ou prestações interestaduais de serviços de transporte e de comunicação.	Art. 2º, <i>caput</i> , da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
Espacial	Destinadas ao Estado do Pará.	Art. 2º, <i>caput</i> , da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
Temporal	Entrada interestadual no território paraense.	Art. 2º, <i>caput</i> , da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
CONSEQUENTE		
Critério	Enunciado	Dispositivo
Pessoal (Ativo)	Estado do Pará.	Art. 2º, <i>caput</i> , da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
Pessoal (Passivo)	Contribuinte do ICMS, remetente de operações de circulação interestadual de mercadorias ou prestador interestadual de serviços de transporte e de comunicação (responsável tributário).	Art. 2º, parágrafo único, II, e 3º, I e III, da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
Pessoal (Passivo)	Consumidor final não contribuinte do ICMS, destinatário de operações de circulação interestadual de mercadorias ou de prestações interestaduais de serviços de transporte e de comunicação (responsável tributário solidário).	Art. 5º da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
Quantitativo (Base de Cálculo)	Valor ajustado da operação de circulação interestadual de mercadorias ou da prestação interestadual de serviços de transporte e de comunicação.	Arts. 6º, 7º e 8º, todos, da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).
Quantitativo (Alíquota)	Interestaduais: 4%; 7%; 12%. Internas: 30%; 28%; 25%; 21%; 17%; 12%.	Art. 155, § 2º, IV, da CF/1988 (Brasil, 1988). Art. 1º, <i>caput</i> e, parágrafo único, II, da Resolução do Senado Federal n. 22/1989 (Brasil, 1989). Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 95/1996 (Brasil, 1996b). Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 13/2012 (Brasil, 2012). Art. 12 da LE n. 5.530/1989 (Pará, 1989). Art. 10 da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).

Elaboração: Autores.

5 INCOMPATIBILIDADES LÓGICAS E INSEGURANÇA JURÍDICA

O princípio³⁹ da segurança jurídica é um dos fundamentos básicos do Estado de Direito. Todo sistema jurídico tem por objetivo assegurar que as relações jurídicas já consolidadas e as futuras tenham estabilidade frente às evoluções da sociedade e do direito, perpassando tanto em nível legislativo, administrativo como jurisprudencial.

O princípio da segurança jurídica está ancorado no art. 5º da CF, que garante o direito à segurança, o qual alcança tanto a segurança física quanto a jurídica. No Brasil, a segurança jurídica é expressão constitucional do Estado Democrático de Direito⁴⁰, que se fundamenta no governo de leis ao invés de um governo de homens⁴¹.

39 Princípio é um mandamento de otimização, visto que estabelece que as condutas reguladas pelas regras sejam realizadas com as melhores possibilidades fáticas e jurídicas (Alexy, 2008, p. 90).

40 Art. 1º da CF/1988.

41 O Brasil adotou a escola do *Civil Law*, predominante na Europa Continental, vinculada a tradição romana, prioriza o positivismo consubstanciado em um processo legislativo. A norma jurídica constitui-se em um comando abstrato e geral (norma geral e abstrata) procurando abranger, em uma “moldura”, uma diversidade de casos futuros (Mello, 2008, p. 15). Por sua vez o *Common Law* funda-se na percepção casuística de cada caso. Baseia-se no problema, sendo compreendido por

No cotejamento – a partir da aplicação da RMIT – dos dispositivos veiculados no Convênio CONFAZ n. 93/2015 e na LE n. 8.315/2015, identifica-se que os atos normativos analisados apresentam incompatibilidades, especialmente, quando analisados a partir do conseqüente da estrutura lógica do DIFAL, gerando insegurança jurídica.

No que se refere ao critério quantitativo da estrutura conseqüente da RMIT, é possível identificar relevante distinção entre os atos normativos. Referindo-se a base de cálculo do tributo, a qual, nos termos da LE n. 8.315/2015, sofre ajuste e resulta em alteração na própria metodologia de apuração do DIFAL incidente sobre cada operação ou prestação interestadual.

Para ilustração dessa incompatibilidade, segue o exemplo hipotético: operação interestadual, originada em São Paulo, destinada a consumidor final não contribuinte do ICMS, com produto sujeito ao regime normal de tributação, sem tratamento tributário diferenciado, tributado no Estado do Pará a 17%. Nesse caso, conforme o Convênio CONFAZ n. 93/2015, seria apurado DIFAL total no montante de R\$ 10 (dez reais), conforme o quadro 4.

Quadro 4 – Apuração DIFAL – Convênio CONFAZ n. 93/2015

Metodologia de Apuração do Diferencial de Alíquota do ICMS por Operação / Consumidor Final Não Contribuinte do ICMS / Convênio CONFAZ 93/2015.					
A = valor produto + IPI + seguro + outras despesas	B = % conforme o caso	C = A x B	D = % conforme o caso	E = A x D	F = E - C
Base de Cálculo Operação Interestadual	Alíquota ICMS Interestadual	ICMS Destacado NFE	Alíquota ICMS Interna	ICMS	DIFAL Total
Cláusula Segunda, § 1º, Convênio 93/2015	Cláusula Segunda, I, “b”, Convênio 93/2015	Destacado NFe	Cláusula Segunda, I, “a”, Convênio 93/2015	Total	Cláusula Segunda, I, “c”, Convênio 93/2015
100,00	7,00	7,00	17,00	17,00	10,00

Elaboração: Autores.

Assim, a depender do ano da operação (2016; 2017; 2018; 2019 em diante), os valores de DIFAL apurados divergem (dif total), destinados ao Estado do Pará, conforme demonstrado no quadro 5.

Quadro 5 – Cálculo DIFAL Pará – Convênio CONFAZ n. 93/2015

Metodologia de Cálculo da Participação do Pará no Diferencial de Alíquota do ICMS por Operação / Consumidor Final Não Contribuinte do ICMS / Convênio CONFAZ 93/2015.			
G (2016) = F x 40%	G (2017) = F x 60%	G (2018) = F x 80%	G (2019) = F x 100%
DIFAL Pará	DIFAL Pará	DIFAL Pará	DIFAL Pará
Cláusula Décima, I, “a”, Convênio 93/2015	Cláusula Décima, I, “b”, Convênio 93/2015	Cláusula Décima, I, “c”, Convênio 93/2015	Cláusula Segunda, I e II, Convênio 93/2015
4,00	6,00	8,00	10,00

Elaboração: Autores.

Aproveitando o mesmo caso hipotético, a apuração do DIFAL com lastro nas disposições expressas na LE n. 8.315/2015. Nessa situação, apura-se DIFAL total no montante de R\$ 12,05 (doze reais e cinco centavos), conforme o quadro 6.

meio de seus fatos relevantes. Possibilitando ao magistrado o suporte com os elementos de fato e de direito que molduram o julgamento, para criar uma regra geral para a decisão, denominada de precedente judicial (Goron, 2004, p. 286)

Quadro 6 – Apuração DIFAL – Lei Estadual n. 8.315/2015

Metodologia de Apuração do Diferencial de Alíquota do ICMS por Operação / Consumidor Final Não Contribuinte do ICMS / Lei 8.315/2015.						
A = valor produto + IPI + seguro + outras despesas	B = % conforme o caso	C = A x B	D = A – C	E = D / (1-17%)	F = E x 17%	G = F - C
Base de Cálculo Operação Interestadual	Alíquota ICMS	ICMS	Base de Cálculo Interestadual	Base de Cálculo DIFAL	ICMS Interno	DIFAL
Valor Total da Operação	Interestadual	Destacado NFe	Art. 7º, I, Lei 8.315/2015	Art. 7º, II, Lei 8.315/2015	Art. 7º, III, Lei 8.315/2015	Art. 7º, IV, Lei 8.315/2015
100,00	7,00	7,00	93,00	112,05	19,05	12,05

Elaboração: Autores.

Assim, ao Estado do Pará, a depender do ano da operação (2016; 2017; 2018; 2019 em diante), deveriam ser recolhidos os seguintes valores de participação no DIFAL.

Quadro 7 – Cálculo DIFAL Pará – Lei Estadual n. 8.315/2015

Metodologia de Cálculo da Participação do Pará no Diferencial de Alíquota do ICMS por Operação / Consumidor Final Não Contribuinte do ICMS / Lei 8.315/2015.			
H (2016) = G x 40%	H (2017) = G x 60%	H (2018) = G x 80%	H (2019) = G x 100%
DIFAL Pará	DIFAL Pará	DIFAL Pará	DIFAL Pará
Art. 8º, I, Lei 8.315/2015	Art. 8º, II, Lei 8.315/2015	Art. 8º, III, Lei 8.315/2015	Art. 8º, IV, Lei 8.315/2015
4,82	7,23	9,64	12,05

Elaboração: Autores.

A comparação dos critérios quantitativos dos atos normativos apreciados, gera a identificação de substantiva diferença entre o valor total do DIFAL apurado sobre a mesma operação, o qual resulta diretamente do ajuste da base de cálculo levado a efeito pelas regras firmadas na LE n. 8.315/2015⁴².

Esse ajuste majora em aproximadamente 20,5% (vinte inteiros e cinco décimos por cento) o montante apurado no ICMS e, conseqüentemente, produz aumento equivalente na participação do DIFAL a que têm direito os Estados de São Paulo e do Pará.

Já em relação ao critério pessoal da RMIT, é possível verificar que – enquanto o Convênio CONFAZ estabelece, exclusivamente, sujeição passiva por responsabilidade tributária aos contribuintes remetentes de bens ou prestadores de serviços interestaduais destinados a consumidores finais não contribuintes do ICMS – a LE n. 8.315/2015 possibilita, também, a atribuição de responsabilidade por solidariedade⁴³ aos próprios consumidores finais não contribuintes do ICMS.

42 Art. 7º, I, II, III e IV, da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).

43 Art. 5º da LE n. 8.315/2015 (Pará, 2015).

As distinções apontadas produzem forte insegurança jurídica nas relações jurídico-tributárias firmadas entre o Estado do Pará, os contribuintes localizados em outras unidades federativas e aos consumidores finais paraenses, adquirentes de bens e de serviços em operações e prestações interestaduais.

CONCLUSÃO

A Regra Matriz de Incidência Tributária, fundamentado no construtivismo lógico-semântico é um instrumento fruto do trabalho do intérprete por meio da leitura de enunciados prescritivos que resultam, em seu conjunto em formar o direito positivo, auxiliando na análise da norma tributária, que demarca o núcleo do tributo, com o escopo de uma melhor interpretação e identificação de equívocos que possivelmente causem insegurança jurídica.

Em face da problemática da extraterritorialidade do ICMS, foi necessária a edição de uma Emenda Constitucional (EC n. 87/2015), ocasionando posteriormente a confecção do Convênio ICMS/CONFAZ n. 93/2015 e no Estado do Pará a LE n. 8.315/2015, todavia a formulação da RMIT sobre estes dispositivos legais demonstrou incompatibilidades entre eles.

Incompatibilidades estas, que alcançam a DIFAL, gerando diferenças nos valores para pagamentos dos tributos devidos, causando um ambiente de insegurança jurídica aos contribuintes, ao se deparem com duas normas jurídicas que estabelecem regras diversas.

Diferenças que também se apresentam no que se refere a sujeição passiva estabelecida pelo convênio, visto que é somente entre os contribuintes remetentes de bens ou prestadores de serviços interestaduais destinados a consumidores finais não contribuintes e a LE 8.315/2015, que dispõe a responsabilidade por solidariedade aos próprios consumidores finais não contribuinte.

Divergências estas, que aumentam a complexidade do sistema tributário nacional, considerado atualmente um dos mais complexos do mundo, o que acaba por repercutir no desenvolvimento nacional, pois dificulta a atuação do setor privado.

Contudo, na prática, nosso Sistema Tributário, estruturado da forma mais segura possível na Constituição, acabou tornando-se mais inseguro, pois a legislação ordinária se desenvolve com um dinamismo caótico, e não respeita as normas e os princípios constitucionais, problemas que devem ser sanados para busca de um sistema mais simples e dinâmico com intuito de contribuir para os objetivos elencados no art. 3 da constituição, em especial garantir o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio de um sistema tributário mais simples, mais inclusivo e que efetivamente contribua para a justiça social, pressuposto este, presente na ordem econômica nacional no art. 170 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Vicente Ferrer de. **Os critérios da regra-matriz de incidência das imposições patrimoniais incidentes sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos**. Belém: UFPA, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto Federal n. 9.745/2019**. Aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança do ministério da economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do grupo-direção e assessoramento superiores - DAS por funções comissionadas do poder executivo - FCPE. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda à constituição – EC n. 87/2015**. Altera o § 2.º do art. 155 da constituição federal e inclui o art. 99 no ato das disposições constitucionais transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Lei complementar n. 87/1996**. Dispõe sobre o imposto dos estados e do distrito federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências – lei Kandir. Brasília, DF: Presidência da República, 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.844/2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da presidência da república e dos ministérios; altera as leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a lei n. 13.502, de 1.º de novembro de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Convênio ICMS/CONFAZ n. 133/1997**. Aprova o regimento do conselho nacional de política fazendária - CONFAZ. Brasília, DF: CONFAZ, 1997. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV133_97. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Convênio ICMS/CONFAZ n. 93/2015**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. Brasília, DF: CONFAZ, 2015b. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 13/2012**. Estabelece alíquotas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2012.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 22/1989**. Estabelece alíquotas do imposto sobre operações e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, nas operações e prestações interestaduais. Brasília, DF: Senado Federal, 1989. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/1989.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 95/1996**. Fixa alíquota para cobrança do ICMS. Brasília, DF: Senado Federal, 1996b. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/1996.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5.469**. Ação direta de inconstitucionalidade. legitimidade ativa da associação autora. emenda constitucional n. 87/15. ICMS. operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. inovação constitucional. matéria reservada a lei ADI 5469/DF. Requerente: Associação Brasileira de Comércio Eletrônico - ABCOMM. Relator: min. Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755955431>. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 7.070**. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Relator: min. Alexandre de Moraes, [5 de dezembro de 2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6333675>. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1.093**. Necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da diferença de alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da emenda constitucional n. 87/2015. Relator: min. Marco Aurélio, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5994076&numeroProcesso=1287019&classeProcesso=RE&numeroTema=1093>. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRAZ, Jacqueline Mayer da Costa Ude. Comentários à jurisprudência: STF - ação direta de inconstitucionalidade 5.469/DF. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, n. 33, p. 329-341, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stf.jus.br/jspui/handle/2011/165983>. Acesso em: 18 dez. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009.

FERREIRA, Stéfano Vieira Machado. **Benefícios fiscais**: definição, revogação e anulação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20963/2/St%-C3%A9fano%20Vieira%20Machado%20Ferreira.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 284-295, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/29540>. Acesso em: 10 dez. 2020.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KZAM NETO, Calilo Jorge. **A norma de remissão no direito tributário**. Belém: Miriti, 2017.

MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 133, p. 187-244, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/409>. Acesso em: 18 dez. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORCHÓN, Gregorio Robles. **O direito como texto**: quatro estudos da teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

PARÁ. **Decreto estadual n. 4.676/2001**. Aprova o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. Belém: Governo do Estado do Pará, 2001. Disponível em: http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/decreto/dc2001_04676.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

PARÁ. **Lei Estadual n. 8.315/2015**. Dispõe sobre a exigência do valor do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto. Belém: Governo do Estado do Pará, 2015. Disponível em: http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei/lp2015_08315.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

TOMÉ, Fabiana del Padre; FAVACHO, Fernando Gomes. O que significa pragmático para o construtivismo lógico-semântico: a tríade linguística “sintático, semântico e pragmático” utilizada por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho na teoria do direito. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 274-290, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.24642>.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

Wittgentein, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: EDUSP, 1994.

Recebido em: 15/01/2023

Aceito em: 01/04/2024

NEOLIBERALISMO E TEORIA DO ESTADO: CRÍTICA À ATUAÇÃO ESTATAL SOB A LÓGICA NEOLIBERAL

NEOLIBERALISM AND STATE THEORY: CRITIQUE OF STATE ACTION UNDER THE NEOLIBERAL LOGIC

Robertônio Santos Pessoa*

Zoraíma Brandão**

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular do programa de Mestrado da Universidade Federal do Piauí. E-mail: robertoniopessoa@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4871-0127>

**Mestranda do PPGD da Universidade Federal do Piauí. Especialista em Trabalho e Processo do Trabalho. Analista Judiciário do TRT da 22ª Região. E-mail: zoraima@ufpi.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2427-6306>

Resumo: O presente artigo busca analisar, criticamente, a noção clássica do Estado e de seu papel, com ênfase no fenômeno do capitalismo e de suas fases, em especial, a atual corrente do neoliberalismo e suas consequências na democracia. A partir de uma análise da evolução histórica do instituto, com ênfase também no aspecto econômico, além da clássica concepção política, serão examinados os principais conceitos sobre o tema, de modo a se expor como o neoliberalismo, forma atual do capitalismo, estruturou um modelo específico de Estado, o Estado neoliberal. Aborda-se, assim, as implicações dessa nova racionalidade e estruturação do capitalismo na atuação estatal, com uma exposição do modo de agir do Estado em detrimento do Estado Democrático de Direito, descrevendo-se o fenômeno desde suas origens, de uma forma global, até especificamente no Estado Brasileiro, com suas nuances e características próprias. Ao final, serão tratadas algumas das consequências nefastas para a democracia brasileira, em razão deste modo de atuação estatal, além dos principais desafios que permeiam a temática, estudo que se dará por meio do método dedutivo e através de uma análise documental e bibliográfica.

Palavras-Chave: estado; capitalismo; neoliberalismo; estado democrático de direito.

Abstract: This article seeks to critically analyze the classical notion of the State and its role, with emphasis on the phenomenon of capitalism and its phases, especially the current neoliberal current and its consequences on democracy. From an analysis of the historical evolution of the institute, with emphasis on the economic aspect, besides the classic political conception, the main concepts on the theme will be examined, in order to expose how neoliberalism, current form of capitalism, structured a specific model of State, the neoliberal State. The implications of this new rationality and structuring of capitalism in the State's actions are thus approached, with an exposition of the State's way of acting to the detriment of the Democratic State of Law, describing the phenomenon from its origins, globally, to specifically in the Brazilian State, with its own nuances and characteristics. At the end, some of the harmful consequences for Brazilian democracy will be treated, due to this state action, besides the main challenges that permeate the theme, a study that will be done by means of the deductive method and through a documental and bibliographical analysis.

Keywords: state; capitalism; neoliberalism; democratic rule of law.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a vida em sociedade e seu respectivo aparato estatal sempre constituiu tema instigante e objeto de estudo para filósofos, juristas e estudiosos sobre a matéria. Contudo, definir de forma hermética uma questão plural e influenciada, sobretudo, pela forma como se dão as relações sociais, numa via de mão dupla, não constitui tarefa fácil, razão pela qual se torna necessária uma acurada análise histórica da evolução de cada conceito de Estado ao longo do tempo.

Giorgio Del Vecchio conceitua o Estado, do ponto de vista jurídico, como o sujeito da ordem jurídica, na qual se realiza a comunidade de vida de um povo, resgatando-se a definição embrionária do pensamento de Hobbes, em que o papel primordial do Estado é a promoção da paz social, por meio da renúncia de uma parcela da soberania individual de seus participantes para a constituição desse ente artificial. Ressalta ainda que o Estado não pode configurar como um ente absoluto e autoritário, pois deve servir essencialmente para a defesa dos direitos individuais, relacionados aos direitos civis e políticos (Vecchio, 1979, p. 291).

A definição tradicional do Estado é a aquela proposta por Georg Jellinek (1970), que o enuncia como a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotado de um poder originário de mando. A partir desse conceito, a doutrina clássica elenca três elementos fundamentais do Estado: poder, população e território, conceitos que se fortaleceram na Idade Moderna, após o colapso do sistema feudal, com o surgimento de uma nova classe ascendente (burguesa), como será visto adiante.

Tal momento histórico foi crucial para o desdobramento de qual seria o real papel do Estado, seja ele assumindo uma postura mais autoritária e distante das relações sociais e econômicas, apenas no sentido de resguardar direitos individuais ou, em razão das crises cíclicas do capitalismo, adotar um papel mais interventor, de forma a minimizar mazelas sociais.

Neste curso evolutivo, o século XIX demonstra que o Estado, em sua concepção clássica, não conseguiu sobreviver aos novos fatores de ordem política, econômica e social que o mundo contemporâneo passou a enfrentar, com a chegada da Revolução Industrial. Logo, o Estado passou a assumir também a tarefa de assegurar a prestação dos serviços fundamentais e ampliar seu espectro social, em busca da proteção da sociedade como um todo, e não apenas como um somatório de individualidades.

Contudo, após os profundos acontecimentos históricos do século XX (Guerras Mundiais, Grande Depressão, globalização), em especial a partir do final da década de 70 e início dos anos 80, este modelo começou a ruir e deu azo a um liberalismo ainda mais feroz do que o previsto na ideologia da Revolução Francesa, configurando o neoliberalismo, que preconiza uma atuação estatal absenteísta no campo da justiça social, com uma posição de instituição privada, somada a uma racionalidade que pretende manter os indivíduos distantes e indiferentes ao seu campo de atuação.

No presente estudo, portanto, pretende-se analisar a formação e a organização estatal além da forma estritamente política, sobretudo no que diz respeito à interferência do capitalismo na forma de aparelhamento do Estado e suas consequências nocivas aos interesses públicos, culminando com a criação do Estado Neoliberal, em uma perspectiva mais próxima das relações sociais e do seu poder de influência.

À luz de tais conceitos, busca-se ainda discorrer sobre as implicações de tal fenômeno no Estado brasileiro, reforçando-se a ideia de como o Estado Democrático de Direito idealizado pela Constituição de 1988 foi progressivamente descaracterizado pelo neoliberalismo, em seus aspectos financeiros e em suas atuações sociais, ressoando na conduta individualista dos indivíduos em detrimento de interesses coletivos e públicos.

Nesse viés, é de suma importância interpretar a evolução histórica do Estado para que se compreenda a lógica de atuação do neoliberalismo, como se denomina atualmente a fase contemporânea do capitalismo, sobre o *modus operandi* da atuação estatal, que acaba por explicitar a existência de uma função estatal que vai muito além de sua forma comumente política.

O presente estudo se divide em três partes, em que primeiro se analisa a formação histórica do Estado em sua concepção clássica e a influência do capitalismo em seu modo de organização; na segunda parte busca-se compreender como a versão atual do capitalismo (neoliberalismo) está infiltrada na atuação estatal por meio de ações estratégicas que visam minimizar o senso coletivo e social e, por fim, na terceira parte, enquadra-se a teoria das seções anteriores ao caso brasileiro, sobretudo frente ao Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, se utiliza o método dedutivo, em uma abordagem qualitativa, com base em uma pesquisa básica de referencial bibliográfico e documental.

1 ESTADO E CAPITALISMO

A princípio, destaca-se que, uma das estruturas sociais mais antigas, em especial na tradição romana, é aquela baseada na relação direta de exploração e do uso da força através do sistema escravagista. Em tal situação, inexistia uma estrutura organizada que aplicasse ou permitisse o uso de regras sistematizadas nas relações sociais. Assim, o senhor possuía ampla liberdade para “usufruir” do seu escravo, por vastos meios de exploração, sem que se envolvesse qualquer tipo de fiscalização por um terceiro agente, apenas com lastro na religião e nas noções de moralidade existentes à época.

O domínio, portanto, era baseado unicamente na posição privilegiada do dominador, que explorava seu dominado mediante aplicação de força, em uma relação mercantil ainda incipiente, como bem explica Mascaro (2015, p. 84-85):

O fato de haver um aparato complexo entre os romanos revela que, nas sociedades de modo de produção escravagista, algumas alcançaram um largo grau de

circulação de mercadorias. O sistema capitalista não cria a mercadoria; modifica, sim, qualitativamente, o circuito no qual as mercadorias se trocam, a ponto de lhe ensejar uma forma geral de reprodução, o que na antiguidade não havia. No passado, há mercadoria mas o trabalho não é mercadoria, é escravo. Assim, embora aparatos de controle da circulação de mercadorias já se desenvolvam, até de modo bastante complexo e refinado, eles continuam na dependência fundamental da forma de reprodução econômica escravagista. Não é da troca de mercadorias que se funda o cerne da razão econômica da política antiga. Se há aparatos políticos mais institucionalizados em Roma do que em outros povos do passado, em função direta da maior circulação mercantil, o capitalismo, na modernidade, não guardará comparação com Roma com base simplesmente num explosivo aumento quantitativo das relações mercantis. É mais que isso: somente quando a força de trabalho se tornar mercadoria é que o salto qualitativo há de se estabelecer e a mercadoria há de se tornar forma da reprodução social. É nessa transformação qualitativa que os aparatos políticos antigos deixam de ser o que são para se estruturarem mediante forma estatal.

No período posterior, não se nota uma atenuada diferença da forma de exploração entre os senhores feudais e seus servos, quanto à submissão direta daqueles sobre estes, contudo, há uma grande influência da religião que reforça tais estruturas sociais, em especial na primeira fase deste período, denominado Alta Idade Média, em que ocorre a consolidação do feudalismo (séc V ao XI). O papel da Igreja, então, é de submeter a existência dos feudos à dinâmica cristã, com parte do domínio dos feudos à regulação do clero, em que a noção do “bem comum” consistia na igualdade perante Deus, que permitia a situação de desigualdade a partir da ordem religiosa.

Tal pensamento se traduz explicitamente na visão de Santo Agostinho (2010, p. 354-430), fortemente influenciado pela teoria dualista de Platão (ideias x realidade), em que o ideal seria o mundo de Deus e o dos seres humanos, ao passo que as leis do Estado deveriam ser observadas na medida em que traduziam os reflexos das leis divinas, de ordem sobrenatural. A noção de Estado, permeada desse ideal divino, surge como forma de organização da vida das pessoas e, por tal razão, não pode ser dissociada da moralidade intrínseca da religião.

Logo, ao contrário de uma visão aristotélica, o Estado não resulta da progressão da vida humana em sociedade, mas se torna imprescindível para uma harmoniosa convivência dos homens em estado de pecado e necessita atuar sob a égide de valores morais justos de modo a garantir um verdadeiro bem comum a todos, através de um governante virtuoso, bem como pela coerência das leis temporais do Estado com a lei eterna (Silva, 2001, p. 14-15).

Entretanto, ocorreram profundas transformações sociais que culminaram com a crise do feudalismo, em especial no incremento de relações mercantis e no surgimento de uma nova classe com crescimento exponencial: a burguesa. Juntamente com a Revolução Comercial, com a abertura de novas rotas comerciais, em virtude do movimento das Cruzadas (Oriente e Ocidente), bem como da excedente produção agrícola, que passou a ser comercializada, houve a Revolução Urbana, com o movimento migratório do campo para a cidade e a formação de conglomerados urbanos.

Sobre esse fenômeno de transformações das relações feudais para mercantis, Dardot e Laval acrescentam que o desaparecimento progressivo do caráter pessoal e direto das relações entre senhor feudal e vassalo provocara mudanças significativas da organização das camadas sociais, com surgimento de camponeses mais abastados, que adquiriam terras aráveis dos camponeses mais pobres e às vezes chegavam a usurpar partes das terras comuns para consolidar pastos contínuos, modificando-se de sobremaneira o modo em que estabeleciam as relações de ordem e de poder entre os indivíduos (Berman *apud* Dardot; Laval, 2017).

Neste marco histórico, há a efetiva introdução do capitalismo, sistema este que é capaz de modificar os processos de produção e os vínculos de dominação entre os homens na sociedade.

Ou seja, a ascensão dos burgueses e o aparecimento de inúmeras tensões sociais, envolvendo a posse do domínio privado das terras cultiváveis, o despovoamento do campo, dentre outras, faziam com que aqueles indivíduos se rebelassem e reivindicassem os privilégios da nobreza, ao passo que ocorria o processo de circulação de mercadorias e acumulação de riqueza, e, concomitantemente, fragmentava-se a clássica dinâmica de exploração e dominação. A partir de então, começam a surgir as teorias clássicas de um agente diverso (estatal) para regular esse desequilíbrio entre os indivíduos, com a separação da sociedade civil do Estado, este capaz de centralizar a força política, até então descentralizada e na mão dos senhores feudais, com a existência de um rei apenas de modo figurativo nas sociedades europeias.

Com a crise desse sistema, marcou-se a fase de transição e ao mesmo tempo de consolidação do sistema capitalista, com o surgimento da burguesia. Isto porque, ainda que tenha havido a centralização do poder (absolutismo), o monarca teve de se aliar à nova classe em ascensão com o objetivo principal de extirpar a nobreza do poder. Nesta fase, já há, portanto, uma classe burguesa, um circuito intenso de troca de mercadorias, contudo, uma política absolutista, que respalda privilégios estamentais e está ainda jungida à Igreja (Mascaro, 2015, p. 86).

Sob a ótica política, surge a noção de soberania desenvolvida por Jean Bodin, que, ao lado de Hobbes e Maquiavel, propuseram o fortalecimento do Estado (Barros, 1996, p. 150). Maquiavel (1973), de forma inovadora e escandalosa para a época, colocou a política em uma forma terrena, desvinculada da religião ou da moral. No mínimo, ambas deveriam estar a serviço da política, do poder de quem governa. Assim, o Estado surgiria como uma organização forte, com o fito de manter a ordem social, por meio da máxima de que os fins (sejam eles quais forem) justificam os meios.

Já na visão contratualista de Hobbes (1983), o Estado é soberano em razão da condição natural do indivíduo que, ao buscar sempre o melhor para si, pode pôr em risco a sobrevivência de outros indivíduos, sendo necessária a atuação estatal, com poderes ilimitados, na construção da paz social, inclusive intervindo na distribuição da propriedade privada como forma de alcançar o bem comum.

Não obstante, para Bodin a força do Estado tem de passar necessariamente pelo direito e foi justamente esta noção de soberania que teriam justificado as amarras do absolutismo (Siqueira Junior; Oliveira, 2016, p. 46).

Assim, foi somente com o Iluminismo que surgiu a concepção clássica do Estado liberal, junto com a Revolução Francesa de 1789, marcada pela ideia de redução do Estado absolutista para uma nova concepção de liberdade, incluindo a individual (no campo subjetivo) e a contratual (no campo objetivo), marco importante para o surgimento do liberalismo econômico, cujo maior expoente se deu com Adam Smith, influenciado por contratualistas anteriores, como John Locke, que defendia a superação do denominado “estado de natureza” para a consecução de algo maior, consolidada em uma unidade político-jurídica autônoma, ou seja, o governo tinha uma finalidade primordial, resguardar a liberdade e a assegurar a propriedade privada. Adam Smith intensificou tais ideais e foi além, verificando que o trabalho, no crescente movimento de industrialização inglês no século XVIII, era fator primordial para o aumento da produtividade e, consequentemente, dos lucros. Assim, tal filósofo e economista, propôs a conhecida teoria da “mão invisível” (Smith, 1996), na qual os indivíduos gozariam de sua plena liberdade, incluída aqui a liberdade na cadeia produtiva, ao passo que as leis da oferta e da procura se organizariam a economia por si só, ocupando o Estado uma posição absenteísta em tal questão.

Nesta senda, como cerne da ideologia liberal, no século XVIII e início do século XIX, a liberdade foi imprescindível para assegurar a doutrina liberalista da época, consubstanciada na intervenção mínima do Estado nos negócios privados, postura política essa representada pela famosa expressão “*laissez faire*”, em que se acredita que o mercado possui plena capacidade de se autorregular, sem a necessidade intervenções ou subsídios fornecidos pelo Estado.

Todavia, o crescimento urbano desse período, em especial na Inglaterra, com o intenso movimento migração da massa humana do campo, que trabalhava em regime feudal, para a cidade, acarretou o crescimento desconexo e desorganizado das cidades, com problemas iniciais de moradia, saneamento básico e surgimento de epidemias (tifo, cólera, varíola, etc). Além disso, já ocorria paralelamente a intensificação da produção industrial, em que o operariado para sobreviver nesse novo modelo de organização, se submetia a ritmos frenéticos de trabalho, com jornadas extenuantes, ambientes insalubres, além do labor de mulheres e crianças, tudo em busca da produtividade preconizada pela incipiente lógica do mercado liberal.

Diante dos abusos advindos com essa “total” liberdade dos empregadores, aliada à ausência de políticas públicas de proteção por parte do Estado e a hipossuficiência dos trabalhadores, estes, movidos por um sentimento de identidade comum, uniram-se em torno de uma consciência de classe e começaram a se organizar coletivamente através das entidades sindicais, com vistas a fortalecer a classe trabalhadora na busca de um equilíbrio na relação empregado *versus* empregador e de melhores condições de trabalho. Foi nesse contexto da Revolução Industrial e das lutas de classes (burguesia *versus* operariado) que resultou o surgimento dos direitos sociais, com a noção de social-democracia, que reforçou a concepção de que o Estado não poderia se abster de cuidar dos problemas sociais, fortalecendo a dignidade do trabalho para o crescimento da economia.

Nesse ponto fulcral residem os estudos de Karl Marx sobre a dinâmica do sistema capitalista, em especial a exploração do trabalhador (Grespan, 2021, p. 30):

Marx define mercadoria como a forma social específica de que se reveste o produto do trabalho, quando não serve ao consumo do próprio produtor ou a trocas apenas eventuais, e quando já é produzido para o mercado. Historicamente, a mercadoria existiu em várias sociedades anteriores à sociedade capitalista atual, mas se generalizou somente a partir da predominância do trabalho assalariado sobre as outras formas de produzir. Sob essa forma, a força de trabalho é uma mercadoria tanto quanto seus produtos. Isso coloca o trabalho na posição de elemento de comparação de coisas com qualidades distintas, pois passa a constituir a qualidade comum que existe em tudo o que é dirigido ao mercado: o valor.

Ocorre que, quando se fala propriamente do conceito de Estado, não há na doutrina marxista uma definição sistemática, tarefa que foi assumida por outros autores, com diversas vertentes, a partir das noções materialistas, tendo como expoente no assunto a análise do filósofo alemão Joachim Hirsch, na obra “Teoria Materialista do Estado” (Hirsh, 2010).

Em sua análise, o aparato estatal é um complexo de relações sociais entre as pessoas, grupos e classes, concebido e sustentado pelos indivíduos ativos, ou seja, não se trata de uma organização puramente racional. O Estado, assim, é a materialização de uma relação social de força e possui uma forma caracterizada por mecanismos burocráticos e políticos próprios. A política estatal sempre resulta diretamente das relações de forças da classe dominante pela classe dominada e a função central do aparelho de força estatal consiste na garantia da propriedade privada sobre os meios de produção como pré-condição da exploração mercantil da força de trabalho (Hirsh, 2010, p. 29).

Assim, na visão do autor, o Estado tem o escopo de garantir as relações de produção capitalista, possibilitando a própria existência do mercado, além de intervir no processo mercantil para mantê-lo em funcionamento, por meio de relações instáveis das camadas sociais, que culminam em crises econômicas e conflitos permanentes (Hirsh, 2010, p. 34). Ressalta ainda que as determinações formais capitalistas (econômicas e políticas) atravessam todas as áreas sociais, marcando tanto as burocracias de Estado, como o sistema partidário, as associações de interesses e a mídia, as instituições econômicas e até a família, por meio de uma democracia que não chega ser representativa em sua totalidade.

No século XX, o Estado se tornou um “Estado de bem-estar social” porque houve uma imposição de compromissos sociais apoiados em concessões materiais, não por uma lógica interna estatal. Esse “Estado de bem-estar”, colapsado em muitos países, teria se mantido com base na desigualdade mundial. As desigualdades produziram cadeias de “geração de valor” lucrativas, mantendo os interesses do capital de grupos dominantes.

Tal teoria, dentro de uma perspectiva social, é mais radical, pois contrasta com a função meramente política do Estado construída ao longo da história, questionando a sua neutralidade diante da dinâmica social e capitalista.

De maneira intermediária, Paulo Bonavides (2011, p. 186) descreveu a importância da construção de um Estado Social para a realização plena de um Estado Democrático de Direito:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, ao Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende-se sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.

Assim, por todos os ângulos que se analise a questão, sob um viés político ou econômico, é inegável constatar que o Estado, através de sua evolução histórica e apoiado em um ordenamento jurídico, é capaz de influenciar de sobremaneira o modo das relações sociais, bem como econômicas e negociais, além de interferir na distribuição da justiça social e distribuição de riquezas, sendo passível de discussão qual a melhor forma de atuação estatal em salvaguarda dos interesses dos indivíduos que formam uma sociedade.

2 NEOLIBERALISMO E ATUAÇÃO ESTATAL

Após analisar como o capitalismo está intrinsecamente ligado ao Estado, como meio de que nele encontra aparato para sua reprodução e evolução ao longo do tempo, apesar das crises intrínsecas ao próprio sistema, sem a pretensão de esgotar as múltiplas faces que permeiam a matéria, passa-se a verificar o capitalismo em sua forma contemporânea, denominada neoliberalismo, bem como suas implicações na atuação do Estado.

Ressalta-se que este termo, neoliberalismo, não é consenso entre os estudiosos sobre o tema, mas reflete uma nova feição do capitalismo, que surgiu a partir do contexto de crise do Estado Social, no início do século XX.

Segundo os pressupostos marxianos, delineados de forma breve no tópico anterior, o capitalismo envolve crises cíclicas, com ciclos de expansão e de estagnação, que são capazes de renovar sua própria estrutura de dominação e regulação das relações de produção, com o apoio do aparato estatal, motivado por interesses que vão mudando de acordo com cada fase histórica da economia.

Ademais, para uma maior compreensão, vale destacar que o ordenamento jurídico, ao garantir a autonomia privada dos indivíduos, regula também a relação entre estes e o Estado, em uma posição, aparentemente, de caráter antagônico. Com isso, o Estado democrático de Direito, na visão liberal, não abarca a regulação do mercado e a distribuição, manejada pelo Estado, da riqueza e distribuição social. Já o modelo de Bem-estar social, por sua vez, visa intervir no mercado e a distribuição da riqueza, a fim de que se busque primordialmente a realização de direitos sociais

de cidadania (saúde, geração de empregos, previdência, moradia, assistência aos mais vulneráveis, dentre outros) ponto crucialmente combatido pelo neoliberalismo, como se verá adiante.

Pois bem.

Com *crash* da Bolsa de Nova York em 1929 e a Grande Depressão, o liberalismo econômico, do *laissez-faire*, entrou em verdadeiro colapso na década de 30. Como visto alhures, o liberalismo exacerbado acabava ocasionando consequências sociais indesejadas, vez que tudo era permitido para que os empresários obtivessem a maior parcela possível do mercado, não com o intuito de beneficiar a sociedade, mas sim, aumentar sua própria riqueza.

É nessa conjuntura que, em 1938, em Paris, teve início o Colóquio Walter Lippmann, que reuniu um grupo de intelectuais da época, de várias nacionalidades, dentre eles, Walter Lippmann, Friedrich von Hayek, Ludwig von Mises, cujos interesses consistiam na renovação de tal liberalismo, com a refundação da doutrina “neoliberal” (Brito, 2020, p. 4). A intenção primordial era solidificar as raízes de um capitalismo mais agressivo, livres de regras burocráticas, consideradas como entraves para o desenvolvimento econômico, que necessitaria de um modelo concorrencial amplo para engrenar e colher frutos (lucros).

Em uma apertada síntese, o surgimento do neoliberalismo neste momento visava essencialmente defender a ideia de que a propriedade privada dos fatores de produção contínua em posse dos empresários, os quais podem utilizá-la conforme sua liberdade em concorrer no mercado.

Entretanto, o pós Segunda Guerra Mundial marcou de sobremaneira o surgimento do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social), após as atrocidades cometidas pelo regime nazista, robustecendo a responsabilidade social, com a assunção pelo Estado de políticas públicas e sociais, como previdência, saúde, moradia, dentre outras, de forma a garantir a dignidade humana, expressamente consignada na Declaração dos Direitos Humanos, em 1948. Também não se olvida que anteriormente, como citado, em 1929, com a Grande Depressão, o capitalismo puro com a premissa não intervencionista proposta por Smith, não foi capaz de superar tal crise, surgindo o liberalismo mais moderado proposto por John Keynes, segundo o qual o Estado deveria intervir na economia sempre que fosse necessário, a fim de evitar a retração econômica e garantir a geração e a manutenção dos empregos, a circulação de riquezas e o funcionamento do mercado. Segundo Keynes, o governo deveria intervir e aplicar capital público para que as empresas se desenvolvessem e houvesse emprego, pois o emprego permitiria a demanda por produtos, fazendo o capital circular.

O direito no Estado social buscava orientar as condutas humanas rumo ao desenvolvimento social, assumindo uma franca preocupação e proteção aos interesses públicos, em grau de superioridade aos interesses individuais. O agir do Estado centra-se na preocupação com o desenvolvimento da economia e com as relações econômicas, passando a regrá-las, além de enfrentar de forma combatente a resolução de demandas sociais, ao coibir os abusos provocados pela ideologia do *laissez-faire*, predominante no Estado liberal.

Contudo, essa política começou a ruir, pois qualquer falha do mercado era considerada suficiente para a intervenção estatal, ação que já não combinava mais com o crescente fenômeno da globalização e da revolução tecnológica, com a queda do estilo fordista de produção, que deu azo a uma força novamente propulsora do capitalismo.

Nesta senda, após uma nova crise econômica nos Estados Unidos e no Reino Unido nos anos 1970, a partir de 1980, com a figuras de Ronald Reagan e Margareth Thatcher, o liberalismo econômico, agora denominado neoliberalismo, volta a ser dominante, em razão das baixas taxas de crescimento e alta instabilidade financeira do período. Destarte, o neoliberalismo surgiu como uma crítica ao Estado Social, bem como uma contestação ao modelo keynesiano e à burocratização do aparelho estatal, que seria um entrave ao desenvolvimento econômico.

O grupo de Hayek defendia que o ideal de promovido pelo Estado de bem-estar aniquilava a liberdade dos cidadãos e a essência da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos os indivíduos. Nesse contexto, a desigualdade seria necessária e até mesmo resultava em um valor positivo, imprescindível para a manutenção das sociedades ocidentais. Portanto, sob este viés, a democracia não constitui algo essencial nessa dinâmica, pois há de prevalecer a liberdade econômica e individual de cada um, em detrimento de interesses coletivos (Anderson, 1995, p. 10).

A atuação do papel do Estado, principalmente na esfera econômica, tem marcado a agenda política internacional desde os primeiros anos da década de 80. De certa forma, a reformulação do aparelho estatal se tornou questão e universal, enquanto resposta à crise econômica que paralisou econômico politicamente os países nos últimos decênios do século XX, com um combate acirrado à social- democracia, fazendo ressurgir a extrema direita como defensora desse ideário liberal (Carinhato, 2008, p. 25).

A solução neoliberal para sair da crise envolvia uma série proposições básicas de que o Estado deveria se transformar, tais como: controle da moeda; dissociação de alianças com sindicatos, contenção de gastos sociais e minimização das regulamentações econômicas; busca da estabilidade monetária como alicerce principal; rígida disciplina orçamentária, contenção de gastos sociais (previdência, assistência, saúde); restauração de uma taxa natural de desemprego e flexibilização de garantias de direitos trabalhistas; privatização de empresas públicas; políticas severas de austeridade fiscal; desmonte dos direitos sociais, culminando com a quebra da vinculação entre política social e esses direitos, que compunha o pacto político do período anterior (Brun; Vidigal; Carmona, 2018).

Tais conjunto de medidas reforçam sobretudo a privatização da propriedade e dos serviços públicos, implicando em uma racionalidade que influencia, inclusive, o modo de vida das pessoas e da sua relação com o Estado.

Dardot e Laval (2016, p. 33), elucidam o tema da seguinte forma:

O neoliberalismo, portanto, não é o herdeiro natural do primeiro liberalismo, assim como não é seu extravio nem sua traição. Não retoma a questão dos limites do governo do ponto em que ficou. O neoliberalismo não se pergunta mais sobre

que tipo de limite dar ao governo político, ao mercado (Adam Smith), aos direitos (John Locke) ou ao cálculo da utilidade (Jeremy Bentham), mas, sim, sobre como fazer do mercado tanto o princípio do governo dos homens como o do governo de si (Parte I). Considerado uma *racionalidade* governamental, e não uma doutrina mais ou menos heteróclita, o neoliberalismo é precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade (Parte II). É essa coerência prática e normativa, mais do que a das fontes históricas e das teorias de referência, que fundamenta nosso argumento. Este último, esclarecendo a forma como se impõe e funciona em todos os níveis um certo sistema de normas, não tem outro objetivo além de contribuir para a renovação do pensamento crítico e a reinvenção das formas de luta.

Especificamente no que tange à atuação estatal, há uma onda de governança empresarial, em que a ordem é a manutenção de concorrência generalizada e os Estados são vistos apenas como uma “unidade produtiva”, como qualquer outra no interior de uma vasta rede de poderes político econômicos. Atualmente, são os imperativos, as premências e as lógicas das empresas privadas que comandam diretamente as diretrizes do Estado (Dardot; Laval, 2016, p. 280).

Nesta lógica, o Estado se alinha às normas de mercado para reprodução não de interesses coletivos, mas para instigar cada vez mais a concorrência entre os agentes econômicos e até mesmo entre os indivíduos, que começam a se portar como empreendedores individuais que contestam o “paternalismo estatal” e o engessado modo de produção fordista, de forma a acreditar que só assim, possam prosperar e acumular capital, numa cultura extremamente individualista, dando origem a movimentos radicais e embates e politização ideológicas.

Wendy Brown, cientista política norte-americana, afirma que, nessa racionalidade, os princípios do mercado se tornam princípios de governo aplicados pelo e no Estado, mas também que circulam através de instituições e entidades em toda a sociedade, escolas, locais de trabalho, clínicas e etc. Ou seja, tais princípios tornam-se realidade que governam a esfera também do ser humano, transformando-o num sujeito da troca e da satisfação das necessidades (liberalismo clássico) em um sujeito da competição e do aprimoramento do capital humano (Brown, 2019, p. 30).

Essa individualidade exacerbada acaba por desintegrar a relação fulcral entre o Estado e a sociedade, enfraquecendo a democracia, eis que o neoliberalismo propõe, de forma quase utópica, um resgate ultraliberal centrado nas relações de mercado e nas relações e produção. Neste cenário, o livre mercado é o caminho natural para a produção de riquezas e distribuição da justiça, onde cada qual é responsável por sua trajetória (ou não) de sucesso, recusando-se às noções de solidariedade e de coletividade e curvando-se a esse “novo capitalismo”, primordialmente financeiro.

Teóricos marxistas como Perry Anderson (1995) e David Harvey (2005) designam a fase contemporânea como um estágio histórico do capitalismo, com ênfase no empreendedorismo e na liberdade, com pífio crescimento, mas de fortalecimento das classes dominantes e por conseguinte de uma redistribuição regressiva da riqueza, de aumento das disparidades (Fleck, 2022, p. 260). A pandemia COVID-19 reforçou tal pensamento, com o crescimento exponencial de bilionário e concentração de riquezas.

Partindo de um ataque sistemático ao Estado de Bem-Estar, o neoliberalismo se apresenta como uma nova “racionalidade governamental”, que se ocupou num primeiro momento com a retirada do Estado dos domínios por ele ocupados tradicionalmente, em especial a prestação de serviços públicos, sob a alegação da falência dos modelos burocráticos. Nas últimas décadas, com a intensificação dos processos de acumulação capitalista, o neoliberalismo parece pretender algo mais ambicioso e ousado, ou seja, a própria transformação da ação pública, tornando o Estado uma esfera também regida por regras de mercado e submetido às tais exigências (Pessoa, 2020, p. 87).

Desta feita, nesse novo modelo de gestão empresarial e de governança, o Estado acaba por fomentar políticas de precarização do trabalho, enfraquecimento do movimento sindical e dilapidação do patrimônio público, a favor do interesse de grandes detentores dos poderes econômicos e financeiros e, aniquilando direitos conquistados historicamente e diminuindo cada vez mais a atuação e representação social de minorias.

3 ESTADO NEOLIBERAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (CF/88)

No caso brasileiro, há de se destacar que, em razão de seu passado colonialista e de uma economia predominantemente agrícola, a introdução da dinâmica capitalista, nos moldes acima analisados, ocorreu de forma mais tardia, já no século XX.

O início dos anos 20 foi marcado pelas influências da Constituição Mexicana 1917 (México, 1917) e de Weimar (1919), em que surgem os primeiros traços de introdução de direitos com caráter social e garantidos pelo Estado. A Constituição de 1934 introduziu de forma tímida alguns direitos sociais, que viriam a ser suspensos ou até mesmo dirimidos em meio à sombria época do regime ditatorial.

Isto posto, o movimento do Estado de Bem-Estar Social brasileiro ocorreu de forma mais tardia ao pós Segunda Guerra, nos meados da década de 60 ao início da década de 70, atingindo seu ápice, com uma reestruturação da Administração Pública e o surgimento de entes estatais prestadores serviços públicos, tais como saúde e previdência, bem como da criação de empresas públicas para realização de atividade econômica (mineração, transporte aéreo, telefonia etc.), resultando no engrandecimento do aparelhamento estatal.

Após o conturbado período ditatorial, em meio a uma década de substancial crise econômica nos países latino-americanos, com intensos movimentos políticos, a Constituição de 1988 (Brasil, 1988) estabeleceu de vez o Estado Democrático de Direito, concretizando que a ordem social possui como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, propondo uma relação de complementariedade com a ordem econômica que, por sua vez, é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa.

Com efeito, a própria Constituição Federal articulou de forma minuciosa e peculiar as teorias do Estado acima estudadas, fruto de um trabalho rico dos constituintes, transformando em

artigos os preceitos do moderno Estado Democrático que deve vigorar em nosso ordenamento jurídico, já explicitamente contido em seu art. 1º.

A Carta Magna contém preceitos da história política do Estado, sob uma perspectiva de direitos individuais, conjugados fortemente com valores sociais, ou seja, restaram incorporadas noções do liberalismo clássico aliados à democracia, além da relevância dos direitos sociais e coletivos permeados por todo o texto Constitucional. Como exemplo marcante desta coalização, tem-se a função social da propriedade, denotando o caráter primordial de solidariedade, mesmo em se tratando de direito típicos de primeira geração, de ordem essencialmente individual.

Assim, dentro da moldura institucional determinada pela Constituição, no que diz ao aspecto econômico, o modelo de capitalismo brasileiro deve reconhecer a centralidade da intervenção estatal planejada no domínio socioeconômico, inclusive a fim de disciplinar, induzir, proteger e fazer evoluir a própria economia de mercado e o pluralismo produtivo bem como materializar os direitos fundamentais, em especial a dignidade humana, a distribuição de renda e o desenvolvimento nacional.

Em síntese, a Ordem Econômica e a ideologia constitucionalmente adotada apresentam uma moldura institucional a partir da qual um modelo de capitalismo pode se concretizar em termos fáticos. Os governos eleitos democraticamente (independente de seus programas ou preferências ideológicas) possuem liberdade para a construção de um modelo de capitalismo, desde que dentro dos limites daquilo que se denomina de moldura institucional.

Portanto, consoante a Constituição de 1988 (Brasil, 1988), o Estado, em todas as suas esferas, está obrigado a propor políticas públicas, as quais devem ser articuladas com os incisos do art. 170, em especial a redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego, garantindo a livre iniciativa de uma forma sadia e dirigente. Isto porque, cabe ao Estado orientar o processo econômico nacional e conformar novas estruturas micro e macroeconômicas regionais e nacionais, com o fito de induzir o desenvolvimento, além de assegurar a efetiva execução de processos administrativos que aperfeiçoem e facilitem o funcionamento econômico, reduzindo as desigualdades e garantido a justiça social preconizada na Constituição.

Entretanto, os preceitos acima não ficaram alheios aos fatos ocorridos desde a promulgação da Constituição. Há quem diga que a Carta Constitucional já teria nascido anacrônica, eis que a década de 90 foi marcada por uma intensificação do movimento neoliberal, acompanhando o movimento de internacionalização da economia global, aqui traduzido no governo de Fernando Henrique Cardoso, com a introdução de austeras medidas fiscais.

Os anos seguintes do governo Lula foram marcados por uma política mais voltada ao crescimento do Estado e ao fortalecimento da área social, bem como da diminuição da pobreza.

Contudo, como visto, as crises econômicas são sistêmicas, típicas do modo de produção capitalista, ruindo o governo de Dilma Russel a uma alvoroçada (ou orquestrada) crise política, em meio à operação Lava Jato, pelo que seu governo adentrou em franca derrocada, vendo seus números econômicos e sociais despencarem, ante a ingovernabilidade instaurada à época.

Baseado na lógica cruel do neoliberalismo analisada no capítulo anterior, com o discurso de pregação da existência de um déficit constante das contas públicas, o liberalismo radical (neoliberalismo) encontrou terreno fértil na extrema direita brasileira, em que o governo, a partir de 2016, com o início da era Temer, seguida de Bolsonaro, aliou-se ao interesse de grandes empresários e ao capital financeiro, resultando em um esforço descomunal no desmonte do aparelho estatal e na estrutura dos direitos sociais fundamentais.

Neste período constatou-se um crescente movimento de absenteísmo do Estado Brasileiro, com a privatização de estatais, enxugamento do funcionalismo público, aumento das parcerias público-privadas, adoção de medidas severas de austeridade fiscal, em especial dos recursos destinados aos direitos sociais, evidenciados nas recentes Reformas Trabalhista (2017) e Previdenciária (2019), que geram impactos diretos no sistema produtivo e econômico do país, ainda não totalmente dimensionados. Paralelamente à privatização de empresas estatais, surgiu o movimento já chamado de “agencificação”, com a criação de agências reguladoras com a natureza de autarquias de regime especial, a que a lei atribui função de regulação, que, por certo, acabam também por impactar na atuação do mercado. Logo, a privatização dos serviços públicos é normalmente seguida de regulação de preços, ao passo que empresas recentemente privatizadas perdem sua imunidade preexistente em relação às leis de concorrência nacional.

Também se intentou a implantação da Reforma Administrativa, cujo objetivo primordial é o enfraquecimento da prestação de serviços públicos, ao tentar submeter o Estado a uma lógica tipicamente empresarial, enfraquecendo o direito de servidores públicos e abrindo espaço à concorrência de mercado e metas gerenciais que não coadunam com a prestação de serviços essencialmente públicos, dotados de características especiais.

Frise-se que essa mudança do papel interventivo do Estado (Democrático de Direito) na vida socioeconômica não foi motivada simplesmente por ineficiência estatal ou pelo excesso de gastos públicos, tampouco por ser o mercado e os agentes privados mais eficientes na satisfação das necessidades individuais e coletivas, em face aos meios escassos, mas sim pela conhecida luta capital e trabalho, já preconizada por Karl Marx, em que se constata um recrudescimento da proteção Estatal no que tange aos direitos sociais, em que se viabiliza a redução dos custos do sistema produtivo capitalista a fim de aumentar os lucros de grupos minoritários, aumentando a concentração de riquezas, se apresentando o Brasil dentre os países com piores IDH do mundo, ocupando o 84º lugar no ranking mundial, após uma desastrosa gestão do governo frente à pandemia COVID-19, de acordo com relatório do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas (PNUD, 2021).

Essa situação resulta de sobremaneira da hegemonia neoliberal, ocasionando uma corrosão dos valores democráticos da igualdade e da soberania popular. Os cidadãos progressivamente se veem destituídos de direitos genuínos e a democracia passa a significar tão somente eleições livres, funcionamento regular das instituições, defesa dos direitos individuais e liberdade de imprensa (Pessoa, 2021, p. 90).

O neoliberalismo, ao reduzir as ações sociais estatais e introduzir atores alheios ao funcionamento estatal para a execução dos serviços sociais, como o terceiro setor, acaba por enfraquecer o conceito de política social, vez que os usuários e beneficiários dos serviços privados estão, nem sua maioria, alheios do diálogo, de formas de reivindicação, submetendo-se a concordar com o modelo estabelecido pela lógica neoliberal e acirrando ideais extremamente autoritários e individualistas, na busca da satisfação de desejos puramente hedonistas.

Isto resultou em uma eleição presidencial extremamente polarizada no ano de 2022, em que o Presidente Lula ganhou por uma diferença de aproximadamente de 2 (dois) milhões de votos (Brasil, 2022), trazendo ao cenário político e econômico a esperança de freio desse movimento neoliberal, com a implementação de políticas públicas voltadas à área social e ao fortalecimento de atividades tipicamente estatais.

Contudo, a lógica neoliberal já se encontra instaurada em parte da população e ressoou em movimentos completamente antidemocráticos, como o ataque do dia 08.01.2023, em que manifestantes (vândalos) causaram a depredação de várias instalações das sedes dos três poderes na capital federal, além da depredação de obras de artes e peças valiosas para a cultura do país (Brasil, 2023), em um capítulo triste e marcante da história brasileira, configurando um ataque simbólico e devastador à democracia, como há décadas não se via.

Ante o exposto, conclui-se como inegável que o Estado Democrático de Direito seja cada vez mais reforçado, com medidas enérgicas que visem a implementação daquilo que de fato está disposto na Constituição Federal de 1988, que vai de encontro à atuação da lógica de um Estado neoliberal, a fim de que se alcance a paz social e melhoria da sociedade como um todo.

CONCLUSÕES

A análise da evolução histórica das teorias do Estado, desde seus primórdios, demonstra que a atuação estatal está relacionada intrinsecamente ao surgimento do capitalismo e de suas consequências para a vida em sociedade. É a partir desta interseção que surgem os vieses das funções estatais, ora voltadas ao individualismo preconizado pelo liberalismo clássico, ora em consonância com os anseios sociais, a fim de dirimir mazelas que atingem a população como um todo, assumindo um caráter democrático.

Viu-se que o surgimento do capitalismo no final da Idade Média fez surgir condições únicas de aparelhamento do Estado, com contradições profundas na sociedade capitalista, que foi evoluindo ao longo do tempo por meio de sucessivas crises e reorganização do capital.

É inegável que o Estado, como eminente manifestação da realidade social, há de ser encarado em íntima relação com tal esfera, ou seja, não é apenas uma figura distante da sociedade, tampouco pode atuar apenas como legitimador de estruturas de reprodução de interesses de algumas classes, sejam estas políticas ou econômicas.

Entretanto, verificou-se que problemas de ordem mundial, em uma escala cronológica do século XX, fez ressurgir o liberalismo clássico, sob uma forma mais radical, denominada neoliberalismo, em que o Estado tenta se distanciar do papel de solucionador de problemas sociais e passa a assumir um caráter gerencial, com a adoção de políticas nefastas nas sociedades ocidentais.

Ao se trazer o estudo do neoliberalismo à realidade brasileira, pincelando-se suas características próprias e com um delineamento dos fatos ocorridos ao longo de sua implementação, em especial naqueles destinados à efetivação dos ideais democráticos previsto de forma ampla e detalhada no texto constitucional de 1988 (Brasil, 1988), ressalta-se a importância do restabelecimento do Estado Social ao contrário do Estado Neoliberal, com o resgate de políticas públicas e robustecimento de instituições governamentais que assegure ao cidadão tanto sua participação, como usufruto de direitos minimamente sociais, além dos políticos.

Logo, a percepção do estudo desta visão mais expansionista e social do Estado, para além de sua forma política, é capaz de aumentar a compreensão da nova racionalidade que o capitalismo (neoliberalismo) opera na sociedade, ressurgindo o propósito de que a governança estatal se afaste da lógica pura do mercado e de uma figura distante dos anseios sociais. Somente assim é possível se vislumbrar o resgate de uma dimensão comunitária da função do Estado, com o anseio e promoção de interesses públicos, em um ambiente de democracia não apenas representativo, mas sim participativo e eficaz.

Assim, o estágio atual, marcado por embates ideológicos e ataques concretos à democracia, requer uma revisão de propostas puramente modernizadoras da administração pública, com o envolvimento dos cidadãos de forma mais ativa nas atuações estatais, pois exsurge a necessidade de resguardar interesses públicos de uma maioria que parece ser invisível à lógica do mercado, tão oscilante cuja dinâmica básica é a maximização de lucros e resultados, razão pela qual uma gestão governamental mais estável e racional, com um caráter mais público, é medida que se impõe diante dos nefastos efeitos das políticas neoliberais, de forma a se resguardar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. Tradução de J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

AGOSTINHO, Santo. De excidio VRBIS e outros sermões sobre a queda de Roma. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: CECH, 2010.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no methodus de Jean Bodin. **Discurso**, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 139-155, jun. 1996. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.1996.140419>

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Ataque à democracia no Brasil é repudiado em diversos países**. Brasília, DF: Agência Senado, 9 jan. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/09/ataque-a-democracia-no-brasil-e-repudiado-em-diversos-paises>. Acesso em: 9 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgação dos resultados das Eleições 2022**. Brasília, DF: TSE, 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2022/divulgacao-dos-resultados-das-eleicoes-2022>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRITO, Suellen Lima de. Considerações acerca da vivência dos indivíduos na era neoliberal a partir do pensamento de Martin Buber. **Revista Internacional de Filosofia**, Santa Maria, v. 11, p. 1-8, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5902/2179378643917>

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Politeia, 2019.

BRUN, Adriane Baglioli; VIDIGAL, Ana Carolina; CARMONA, Rafael Garcia. Estado e neoliberalismo no Brasil: implicações para as políticas sociais nos anos de 1990. **Humanidades em Perspectivas**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 234-244, 2018. Disponível em: <https://www.cadernosuninter.com/index.php/humanidades/article/view/824>. Acesso em: 1 jan. 2023.

CARINHATO, Pedro Henrique. Neoliberalismo, reforma do estado e políticas sociais nas últimas décadas do século XX no Brasil. **Aurora**, Marília, v. 2, n. 1, dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.36311/1982-8004.2008.v2n1.1192>

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017.

Disponível em: <https://periodicos.ufpi.br/index.php/pet/article/view/1903>. Acesso em: 2 dez. 2022.

FLECK, Amaro. O que é o neoliberalismo? Isto existe?. **Princípios**, Belo Horizonte, v. 29, n. 59, p. 248-269, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/29014>. Acesso em: 1 jan. 2023.

GRESPLAN, Jorge. **Marx**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2021.

- HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- HIRSH, Joachim. **Teoria materialista do estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 1983.
- JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Abril Cultural Editora, 1973. (Coleção Os Pensadores).
- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2015.
- MÉXICO. **Constitución política de los estados unidos mexicanos de 1917**. Ciudad de México: Assembleia Constituinte, 1917.
- PESSOA, Robertônio. Apontamentos para uma democracia administrativa: a dimensão política do direito administrativo. **Revista Digital De Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 8, n. 1, p. 1-18, jan. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p01-18>
- PESSOA, Robertônio. **Direito administrativo e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PNUD, IPEA. Fundação João Pinheiro. **Atlas do desenvolvimento humano no Brasil**, 2021.
- SILVA, Paula Oliveira e. Introdução ao diálogo sobre o livre arbítrio. In: AGOSTINHO, Santo. **Diálogo sobre o livre arbítrio**. Tradução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2001. p. 13-76.
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos: liberdades públicas e cidadania**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).
- VECCHIO, Giorgio del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Editora Coimbra, 1979. v. 5.
- WEIMAR. **A Constituição do Império Alemão**. Nuremberg, Alemanha: Assembleia Constituinte, 1919.

EXECUTAR OU NÃO EXECUTAR? O CUSTO DA EXECUÇÃO FISCAL NO MUNICÍPIO DE LONDRINA/PR

TO ENFORCE OR NOT TO ENFORCE? THE COST OF TAX ENFORCEMENT IN THE CITY OF LONDRINA/PR

Pablo Henrique Paschoal Capucho*

Saulo Fabiano Amâncio Vieira**

Vera Lucia Tieko Suguihiro***

*Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Administração pela Universidade Estadual de Londrina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7565-4082>

**Doutor em Administração pela UNINOVE. Docente do Departamento de Administração da Universidade Estadual de Londrina (UEL). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0319-7390>

***Doutora em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente do Departamento de Serviço Social da Universidade Estadual de Londrina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2468-3489>

Resumo: A fase de execução fiscal representa aproximadamente 74% do estoque em execução, o que acaba gerando um congestionamento na gestão judiciária. Considerando que existem outros meios de efetuar a cobrança da dívida, o estudo pretendeu apurar o custo mínimo de execução fiscal no município de Londrina/PR com a finalidade de estabelecer uma política tributária que considere o custo benefício do ajuizamento de executivos fiscais. Para o cálculo, foram considerados a movimentação dos processos de Execução Fiscal e a remuneração dos servidores. Encontrou-se para os processos de IPTU um custo de R\$ 1.210,83 e para os processos de ISS R\$ 1.204,76. Caso o município não executasse judicialmente os processos abaixo desse valor, ele poderia ter economizado R\$ 14.458.940,33 entre 2016 e 2018. Com o estudo, foi elaborada e aprovada uma legislação para autorizar o não ajuizamento e a desistência de ações judiciais com valores inferior ao custo mínimo.

Palavras-chave: procuradoria pública; execução fiscal; eficiência; orçamento público.

Abstract: The tax enforcement phase represents approximately 74% of the stock in execution, which ends up creating congestion in the judicial management. Considering that there are other ways to collect debt, this study aims to determine the minimum cost of tax enforcement in the city of Londrina/PR in order to establish a tax policy that considers the cost benefit of filing tax enforcement. For the calculation, the movement of Tax Enforcement processes and the remuneration of civil servants were considered. A cost of R\$ 1.210,83 was found for IPTU processes and R\$ 1.204,76 for ISS processes. If the prefecture did not judicially execute the lawsuits below this amount, it could have saved R\$ 14.458.940,33 between 2016 and 2018. As a result of the study, legislation was drafted and approved to authorize the non-filing and withdrawal of lawsuits with values below the minimum costs.

Keywords: public attorney; tax enforcement; efficiency; public budget.

INTRODUÇÃO

Desde a implementação do modelo de Administração Pública Gerencial durante o governo do Fernando Henrique Cardoso, existe uma preocupação quanto a racionalização dos recursos objetivando um aumento da eficiência nos processos públicos por meio da redução de gastos e do aumento de produtividade (Pinto; Santos, 2017).

Ao se basear em um modelo utilizado na gestão privada, a Administração Pública Gerencial buscou fortalecer uma preocupação com a obtenção de resultados na gestão pública (Abu-El-Haj, 2005) assim como melhorar a prestação de serviços e dar aos gestores maior poder para tomada de decisões pautadas nos princípios da eficiência e eficácia (Motta, 2013).

Apesar desse modelo presumir a extinção dos princípios burocráticos fortemente presentes na gestão pública brasileira (Pereira, 1996), tal ruptura completa não chegou a se concretizar (Filgueiras, 2018) e a administração rígida continuou a atrapalhar a resiliência do setor público (Motta, 2013).

Apesar da busca pela melhoria da qualidade do serviço público, os municípios contam com orçamentos limitados, estipulados conforme arrecadação e repasses federais e estaduais. Buscar por maneiras de otimizar a utilização dos recursos e conseguir economia nas atividades públicas é um processo árduo que pode ser auxiliado com o uso dos custos na gestão pública, ou seja, conhecer os recursos efetivamente consumidos em determinado bem ou serviço (Rezende; Cunha; Bevilacqua, 2010).

A gestão judiciária é uma área prejudicada no que diz respeito aos princípios da eficiência e eficácia, com um acúmulo de ações nos escaninhos das varas judiciais e que ocasiona em demoras (Dolfini; Beiruth; Monte-Mor, 2019; Melo Júnior, 2010). Com um alto número de processos em tramitação, a gestão judiciária nacional reflete um cenário de congestionamento dos quais mais da metade refere-se a fase de execução (Conselho Nacional de Justiça, 2018). Dentro dessa fase, o principal elemento agravante é a execução fiscal, setor responsável por requerer de contribuintes inadimplentes os créditos devido ao município.

Tal qual uma realidade nacional, municípios incluem-se em tal congestionamento, tendo sua capacidade sobrecarregada e prejudicada devido ao alto número de processos prosseguindo para a execução fiscal. No município de Londrina, no estado do Paraná, entre os processos da Procuradoria Geral Municipal, a maior representatividade encontrou-se alocada na gerência de execução fiscal, 82,28% do total.

A partir desse cenário de congestionamento da gerência de execução fiscal no município, reflexo de um cenário nacional, e considerando os aspectos de otimização da eficiência do serviço público e na utilização dos recursos públicos, o presente estudo teve por objetivo apurar o custo mínimo da execução fiscal na gerência de execução fiscal no município de Londrina/PR com a finalidade

de estabelecer uma política tributária que considere o custo benefício do ajuizamento de executivos fiscais, para que seja coerente buscar outros meios de cobrança mais céleres e menos custosos.

A fim de atender ao objetivo proposto, esse trabalho foi dividido em sete seções, sendo essa introdução a primeira. A segunda seção apresentou dados quanto ao congestionamento da gestão judiciária. A terceira seção discutiu quanto a otimização da utilização dos recursos públicos. A quarta seção apresentou os procedimentos metodológicos da presente pesquisa. A quinta seção apresenta a descrição do contexto da execução fiscal no município de Londrina/PR. A sexta seção apresenta o cálculo do custo da atividade executivo fiscal no município e, a sétima seção apresenta as implicações gerenciais e considerações finais do trabalho.

1 CONGESTIONAMENTO DA GESTÃO JUDICIÁRIA

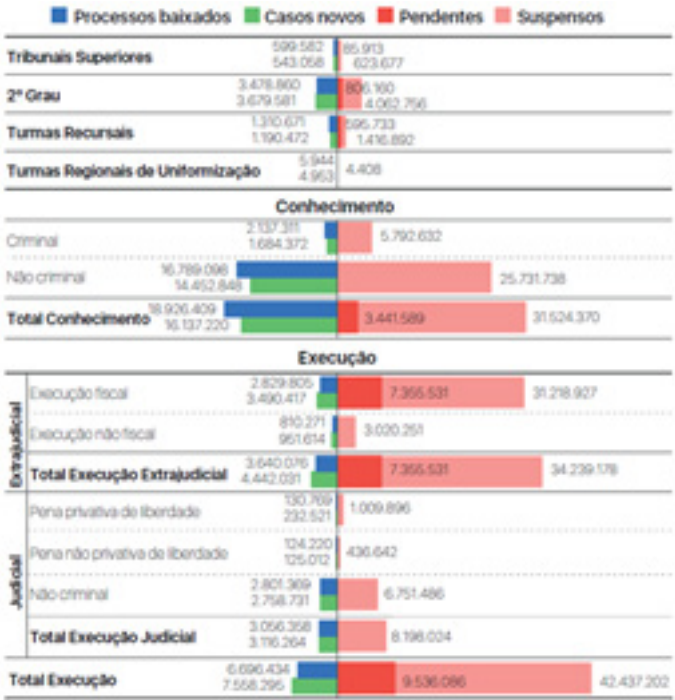
Questões relativas à ineficiência da utilização do recurso é algo que não distingue quanto a natureza do serviço público, podendo atingir qualquer atividade de qualquer nível da esfera pública. Segundo o relatório Justiça em Números, publicado em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça (2018), o Poder Judiciário encerrou 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, aguardando alguma solução definitiva para encerrar. Dentre esses processos, mais da metade referem-se à fase de Execução (53%).

A série histórica de novos processos e processos baixados da fase de Execução demonstra, segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018), uma tendência de crescimento do estoque. Esse estoque é composto por processos referentes a execuções judiciais criminais, execuções judiciais não criminais e execuções de títulos executivos extrajudiciais, os quais são discriminados entre fiscais e não fiscais.

A Figura 1 ilustra, graficamente, os dados processuais do Poder Judiciário referente ao ano de 2017. Observa-se que, do estoque da fase de Execução, existe um grande número de processos pendentes e suspensos dentro dos títulos executivos extrajudiciais fiscais, ou execução fiscal. Por execução fiscal, entende-se as dívidas inscritas como dívida ativa e que são submetidas a ação judicial para quitar o crédito pendente ou pagamento por parte dos devedores.

O acúmulo de processos de execução fiscal representa 74% do estoque em execução, o que gera um impacto significativo nos segmentos da Justiça Estadual e Federal, conforme Figura 1. A execução fiscal é responsável aproximadamente por um terço do gargalo do Poder Judiciário, medido pela taxa de congestionamento, o qual se encontrava em 91,7% no ano de 2017 (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Figura 1 – Dados processuais do Poder Judiciário, em 2017



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 122).

Por Taxa de Congestionamento, o Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 72) define como:

[...] indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base.

O congestionamento pode ser melhor observado pela Tabela 1, onde observa-se que a fase de Execução apresenta uma taxa de congestionamento de 86,4%, dentro da qual a Execução Fiscal aparece com a maior taxa de congestionamento (91,7%). Essa taxa pode ser traduzida como de cada 100 processos que tramitaram em 2017, apenas 8 foram baixados.

Tabela 1 – Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2017

Classificação	Taxa de Congestionamento
Conhecimento Criminal	73,0%
Conhecimento Não-Criminal	60,5%
Total Conhecimento	62,5%
Execução Fiscal	91,7%
Execução Extrajudicial não fiscal	85,0%
Execução Judicial Não-Criminal	70,7%
Execução Penal Não-Privativa de Liberdade	67,0%
Execução Penal Privativa de Liberdade	88,5%
Total Execução	86,4%
Total Geral	72,1%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 125).

A partir da série histórica com o crescimento gradativo na quantidade de casos pendentes demonstra que, caso o Judiciário não recebesse novas execuções fiscais, ainda precisaria 11 anos para liquidar o acervo existente (Conselho Nacional de Justiça, 2018). Portanto, a situação da Execução Fiscal encontra-se em uma situação de buscas por meio de aliviar o fluxo a fim de possibilitar que, ao longo dos anos, seja possível obter um ritmo que descongestione essa etapa.

O descongestionamento da Execução Fiscal auxiliaria também na arrecadação, pois, segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018), a execução fiscal arrecadou R\$ 30,2 bilhões (62,5% de toda a arrecadação do Poder Judiciário). Otimizar essa etapa pode resultar em uma melhoria não só nas condições de trabalho para os servidores encarregados de executar os processos de execução fiscal, como também pode otimizar a arrecadação.

2 MENSURAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Os recursos financeiros disponíveis para a utilização do poder público em qualquer esfera são limitados conforme a arrecadação e repasses da esfera federal. Na esfera municipal, a utilização do recurso é determinada por orçamentos que destinam a utilização do recurso durante o ano. Abreu e Câmara (2015, p. 74) definem o orçamento da seguinte maneira:

[...] o orçamento é um instrumento estruturante da ação governamental, visto que esse instrumento é um filtro de análise da viabilidade de execução das políticas públicas, tanto do ponto de vista econômico quanto político. Isso se deve, respectivamente, pelo seu uso para avaliar a disponibilidade de recursos para a formulação das políticas públicas (análise estática) e também pelas possibilidades da gestão orçamentária dentro do contexto político institucional de decisão (análise dinâmica).

A preocupação com a eficiência e com a boa utilização do recurso público, a fim de atender ao princípio de economicidade, faz parte de pressupostos presentes na Administração Pública Gerencial (Abu-El-Haj, 2005; Costa *et al.*, 2015; Motta, 2013; Pereira, 1996; Pinto; Santos, 2017). Para Albuquerque *et al.* (2015), esse modelo de gestão pública pressupõe uma melhor gestão de recursos que, conseqüentemente, presume uma administração com rigoroso controle e economicidade.

Para medir a utilização dos recursos, os custos apresentam-se como um ferramental auxiliar para a mensuração, pois os seus modelos presumem padrões internacionais a fim de uniformizar os procedimentos e permitir a comparação do desempenho (Rezende; Cunha; Bevilacqua, 2010).

A adequação dos custos para o serviço público apresenta diversas maneiras para aplicar o cálculo de custos (Bertó; Beulke, 2013). Devido à sua natureza de medir o consumo de recursos pelas atividades ou processos, o custo apresenta uma informação gerencial melhor do que a despesa (Alonso, 1999). Os custos só foram surgir na esfera federal por meio da introdução do Sistema de Informação de Custos do Setor Público (SICSP), no entanto a sua utilização não contemplou a esfera municipal (Machado; Holanda, 2010).

Dentre os diferentes métodos o Custeio por Atividades (*activity based costing* ou ABC) separam os custos por dos tipos de atividades: as que agregam valor ao produto/serviço e as que não agregam (Bertó; Beulke, 2013). No entanto, Machado e Holanda (2010) criticam esse modelo por dificultar a implantação de um sistema geral integrado de custos, orçamento e contabilidade pela longa demora para identificar aspectos necessário para a implantação, treinamento intensivo a fim de uniformizar critérios, entre outras dificuldades.

Kaplan e Anderson (2004, 2007), compreendendo tais dificuldades, desenvolveram uma nova abordagem ao Custeio ABC, o qual o nomearam de *Time-Driven ABC* que considera o tempo estimado gasto em cada atividade, o que possibilita capturar melhor a complexidade organizacional e um *feedback* mais rápido aos gestores, facilidade de integração com sistemas de gestão integrado e sistemas de gestão de relacionamento com clientes, assim como baixos custos de implementação e manutenção. Esse método é compreendido como um meio de simplificar os processos de custeio ao eliminar a necessidade de alocar os custos para as atividades antes de alocá-los aos produtos/serviços (Abbas *et al.*, 2017).

Considerando os pressupostos apresentados, esse estudo visou mensurar o custo mínimo da atividade executivo fiscal na gerência de execução fiscal da Prefeitura Municipal de Londrina a fim de subsidiar informações para elaboração de políticas públicas que visassem uma economicidade e eficiência na utilização do recurso e dos servidores.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O estudo realizado utilizou de uma abordagem quantitativa, para atender ao objetivo de mensurar o custo mínimo da atividade executivo fiscal no município, e de natureza aplicada, pois o trabalho foi realizado em parceria com os servidores no município visando a elaboração de legislação para otimizar o trabalho realizado pela gerência de execução fiscal da Prefeitura Municipal de Londrina a fim de aliviar o congestionamento detectado pelos servidores

A solicitação do estudo partiu de uma solicitação dos servidores para ser contemplado dentro de um projeto de Modernização da Gestão Pública Municipal de Londrina. Esse projeto é realizado por meio de um contrato entre a Prefeitura Municipal de Londrina com o Núcleo Interdisciplinar de Gestão Pública (NIGEP) da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Para que fosse realizado o estudo, a equipe contou com o auxílio de servidores da gerência de execução fiscal que supervisionavam e auditavam as informações para que a análise fosse o mais preciso possível. Ao longo do projeto, foram realizadas nove reuniões onde foram discutidos incessantemente os dados analisados. As reuniões contemplaram, além da gerência de execução fiscal, o acompanhamento de outras secretarias do município, como a fazenda, controladoria e secretário de governo, tudo visando uma transparência das análises, assim como fomentar a discussão interna sobre uma preocupação da procuradoria por outros setores da prefeitura.

As análises empreendidas para compreender o cenário da execução fiscal no município foram de caráter descritivos. Os dados foram encaminhados para a equipe responsável, a qual organizou e apresentou os dados em tabelas a fim de que os servidores da procuradoria apontassem quais análises melhor traduziam suas preocupações em dados reais. Durante o processo, foi possível observar que suspeitas dos servidores foram confirmadas pela análise descritiva dos processos, o que possibilitou uma maior relevância para o cálculo do custo mínimo.

Para o cálculo do custo mínimo, optou-se por calcular utilizando os custos do processo. Como custo, entende-se como o gasto relativo a bem ou serviço utilizado na produção de outros bens ou serviços (Martins, 2018). A fim de utilizar a metodologia do TDABC, foi verificado se havia alguma análise do tempo empreendido pelo servidor em cada processo, para que fosse possível calcular um custo mínimo baseado nas médias de tempo. Apesar de não existir esse controle apurado de tempo, devido a complexidade da atividade jurídica em que os processos apresentam suas particularidades, a gerência de execução fiscal havia controle interno que permitia verificar a média de processos trabalhados diariamente por servidor.

Para a apuração do custo mínimo foi, então, considerado apenas a remuneração dos servidores envolvidos no processo. Custos complementares à atividade, como a depreciação dos móveis, do imóvel (área ocupada pela PJM) e energia, foram desconsideradas em comum acordo com a demandante em reuniões devido a sua baixa representatividade no valor final, bem como a dificuldade de se obter tais informações. Além disso, conforme demonstrado pelo Conselho Nacional de Justiça (2018), o custo de pessoal representa aproximadamente 90% da despesa total do Poder Judiciário.

Para o cálculo então, foram consideradas todas as informações compartilhadas pela gerência de execução fiscal da Procuradoria Jurídica Municipal e validada posteriormente por diferentes secretarias em reuniões.

Todas as análises foram realizadas em planilhas elaboradas no programa Excel do pacote Office e apresentadas em formato de relatório e apresentação de slides para os servidores.

4 CONTEXTO DA EXECUÇÃO FISCAL

O trabalho foi iniciado mediante uma demanda do Gerente de Execução Fiscal da Prefeitura Municipal de Londrina. Para compreender melhor o processo da execução fiscal, foram realizadas reuniões iniciais com o gerente para discutir sobre quais eram as principais demandas e questões a serem respondidas. Ainda durante as reuniões iniciais houve a participação de servidores da Controladoria Geral do Município, responsável pela análise de custo no município. Foi explicado pelos membros da gerência de execução fiscal que a legislação atual do município obrigava a prosseguir com os processos de execução fiscal em âmbitos judiciais, os quais acaba acarretando muitas custas para o município e o congestionamento.

Para compreender o cenário, foi feita uma análise preliminar da dívida ativa do município. A análise foi realizada considerando os processos de 2016 até 2018, onde foram contabilizados 25.890 processos ajuizados. Dentre as categorias desses processos, foram divididos os processos por ano, tipo de débito (IPTU ou outros) e quanto as faixas de valores.

Nos tipos de processos, apesar da categoria outros ser majoritariamente representada por processos de ISS, por também englobar processos de outras naturezas, optou-se por manter a nomenclatura utilizada pela gerência de execução fiscal. Quanto as faixas, dividiu-se em cinco faixas: até R\$ 500,00; entre R\$ 500,01 a R\$ 1.000,00; entre R\$ 1.000,01 a R\$ 5.000,00; entre R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00; e acima de R\$ 10.000,00.

Como pode ser observado na Tabela 2, aproximadamente 75% dos processos são dívidas de débito de IPTU. Os valores das faixas foram feitos considerando o saldo inicial do processo, sem considerar eventuais aumentos decorrentes da inflação e não pagamento ou negociação.

Tabela 2 – Quantidade de processos ajuizados por faixas de valores (saldo inicial)

	Tipo de Débito		
Faixas	IPTU	Outros	Geral
Até R\$ 500,00	1.686 (8,77%)	1.401 (21,03%)	3.087 (11,92%)
R\$ 500,01 a R\$ 1.000,00	4.245 (22,08%)	1.775 (26,65%)	6.020 (23,25%)
R\$ 1.000,01 a R\$ 5.000,00	11.411 (59,34%)	2.431 (36,50%)	13.842 (53,46%)
R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,01	1.163 (6,05%)	323 (4,85%)	1.486 (5,74%)
Acima de R\$ 10.000,01	724 (3,77%)	731 (10,97%)	1.445 (5,62%)
Total	19.229 (100%)	6.661 (100%)	25.890 (100%)
Freq. Geral	74,27%	25,73%	100%

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

Em seguida foi analisado quanto a somatória das dívidas ativas, conforme demonstrado na Tabela 3. É possível observar que, apesar do IPTU representar aproximadamente 75% dos processos, quanto se trata de valores, o IPTU representa apenas 8,41% do total. Isso demonstra que existe um claro esforço da Gerência de Execução Fiscal direcionado em dívidas que não geram tanto retorno ao município. Dessa maneira, ficou evidente que calcular o custo da atividade executivo fiscal no município acarretaria uma economia aos cofres municipais, o que é demonstrado no tópico seguinte.

Tabela 3 – Soma do saldo de dívidas ativas

	Tipo de Débito		
Ano	IPTU	OUTROS	Total
2016	R\$ 6.339.562,91 (14,92%)	R\$ 36.142.615,30 (85,08%)	R\$ 42.482.178,21 (100%)
2017	R\$ 1.872.695,60 (3,32%)	R\$ 54.539.440,63 (96,68%)	R\$ 56.412.136,23 (100%)
2018	R\$ 1.551.660,79 (9,03%)	R\$ 15.623.151,35 (90,97%)	R\$ 17.174.812,14 (100%)
Soma Total	R\$ 9.763.919,30 (8,41%)	R\$ 106.305.207,28 (91,59%)	R\$ 116.069.126,58 (100%)

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

5 CUSTO DA ATIVIDADE EXECUTIVO FISCAL

O cálculo do custo da atividade executivo fiscal considerou somente a remuneração dos servidores envolvidos na atividade executivo fiscal no ano de 2018 e as custas judiciais da 2ª Vara do município. Optou-se por prosseguir dessa maneira pois não havia disponível a informação de outros custos complementares (depreciação dos móveis, imóvel (área ocupada pela Procuradoria), energia e água) e pela baixa representatividade no valor final, conforme observado no relatório do Conselho Federal de Justiça (2018) em que o custo com pessoas representa aproximadamente 90% do custo em todos os níveis do judiciário. As custas judiciais foram fornecidas mediante solicitação realizada pela Gerência de Execução Fiscal a 2ª Vara do município.

A atividade jurídica da execução fiscal é complexa e, por isso, cada processo acaba tendo suas peculiaridades, o que torna inviável uma padronização das atividades ou de um ciclo único, conforme relatado em reuniões. Outra questão é quanto ao cálculo do tempo estimado gasto em cada atividade que não havia um controle preciso, então optou-se por trabalhar com número de movimentações do processo. Nesse sentido, o cálculo foi realizado adotando parâmetros mínimos que tornassem possível operacionalizar o cálculo do custo, considerando: (1) utilizar as fases ou etapas que fossem comuns na maioria dos processos; (2) movimentações diárias estimadas pelos membros da gerência de execução fiscal. Tais informações foram levantadas pelos servidores envolvidos no processo com base na sua familiaridade com a atividade realizada.

Duas etapas foram identificadas como comuns na maioria dos processos: Triagem/CAAF e o Setor de Movimentações. Nesses dois setores pegou-se então o valor da remuneração anual dos servidores alocados neles e dividiu pelo número de dias trabalhados no ano de 2018. A partir da remuneração diária do servidor, foi dividido pela quantidade de processos movimentados em cada etapa conforme o tipo de processo. A análise demonstrou que enquanto os processos de IPTU apresentavam uma tramitação de 50% na Triagem/CAAF e 50% no Setor de Movimentações, o ISS apresentou um maior número de movimentações no setor de movimentações (60%). Nessa etapa foi utilizado apenas o termo ISS pois só foram analisadas as movimentações desse tipo de débito, pois se trata da maior representatividade do Outros, conforme os servidores apontaram em reuniões. Tais informações foram consideradas na peculiaridade de cada tipo, o que apresentou o custo da gerência de execução fiscal no município (Tabela 4).

Tabela 4 – Custo mínimo da atividade executivo fiscal (gerência de exec. Fiscal)

Tipo de Débito	Triagem CAAF	Setor de Movimentações	Custo Gerência Exec. Fiscal
IPTU	R\$ 36,52	R\$ 557,86	R\$ 594,39
ISS	R\$ 27,13	R\$ 621,62	R\$ 648,75

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

Esse valor, somado ao custo da 2ª vara apontou o custo mínimo da atividade executivo fiscal no município de Londrina (Tabela 5). Dessa maneira, os processos de IPTU apresentaram um custo mínimo de R\$ 1.210,83 (mil duzentos e dez reais e oitenta e três centavos), enquanto os pro-

cessos de ISS apresentaram um custo mínimo de R\$ 1.204,76 (mil duzentos e quatro reais e setenta e seis centavos).

Tabela 5 – Custo mínimo da atividade executivo fiscal (2ª Vara + Gerência Exec. Fiscal)

Tipo de Débito	2ª Vara	Procuradoria Geral	Custo Total Mínimo
IPTU	R\$ 616,44	R\$ 594,39	R\$ 1.210,83
ISS	R\$ 556,01	R\$ 648,75	R\$ 1.204,76

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

Considerando as custas mínima levantada, foi possível analisar dentre os 25.890 processos de dívida ativa do período encontravam-se abaixo desse valor levantado (Tabela 6). Considerando o período de 2016 a 2018, o município desempenhou esforço em 11.960 processos, aproximadamente 46% do total, que estavam abaixo do custo. A título ilustrativo tem-se que, caso as cobranças abaixo do valor do custo mínimo fossem realizadas via administrativa, poder-se-ia ter gerado uma economia em relação ao custo de processo para o município da ordem de R\$ 14.458.940,33 (quatorze milhões, quatrocentos e cinquenta e oito mil, novecentos e quarenta reais e trinta e três centavos) apenas no período analisado.

Tabela 6 – Quantidade e custo de processos com saldo inicial abaixo do custo total mínimo

Tipo de Débito	2016	2017	2018	Total
IPTU	3.743	2.445	2.051	8.239
	R\$ 4.532.136,69	R\$ 2.960.479,35	R\$ 2.483.412,33	R\$ 9.976.028,37
OUTROS	1.492	1.495	734	3.721
	R\$ 1.797.501,92	R\$ 1.801.116,20	R\$ 884.293,84	R\$ 4.482.911,96
TOTAL	5.235	3.940	2.785	11.960
	R\$ 6.329.638,61	R\$ 4.761.595,55	R\$ 3.367.706,17	R\$ 14.458.940,33

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

Ainda se tratando do exemplo ilustrativo, é possível comparar com a arrecadação aproximada gerada pelo município a partir desses mesmos processos (abaixo do custo mínimo). Para realizar essa comparação, somou-se o Saldo Inicial dos processos menores que o custo mínimo que tiveram sua dívida quitada (Tabela 7). Para considerar a inflação, foi utilizada a Correção pelo IPCA (IBGE) na Calculadora do cidadão do Banco Central do Brasil de janeiro do ano inicial do débito até jan./2019.

Tabela 7 – Soma do saldo inicial das dívidas quitadas abaixo do custo mínimo

Tipo de Débito	2016	2017	2018	Total Geral
IPTU	R\$ 1.199.741,17	R\$ 747.998,50	R\$ 210.973,25	R\$ 2.158.712,92
OUTROS	R\$ 311.868,53	R\$ 177.975,08	R\$ 64.982,84	R\$ 554.826,45
Total Geral	R\$ 1.511.609,70	R\$ 925.973,58	R\$ 275.956,09	R\$ 2.713.539,37

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

Observa-se que, ao todo, nesse período analisado, o município arrecadou aproximadamente R\$ 2.713.539,37 (dois milhões, setecentos e treze mil, quinhentos e trinta e nove reais e trinta e sete centavos), considerado uma inflação acumulada do ano inicial até janeiro de 2019.

É possível adicionar a esse valor a arrecadação advinda do parcelamento desses processos, o qual é uma possibilidade oferecida pela prefeitura ao contribuinte anualmente por meio do PRO-FIS. Considerou-se, para essa análise, todas as dívidas que apresentaram uma redução do valor inicial até o valor total e que estivessem acima de zero. Os valores arrecadados por meio de parcelamento de processos abaixo do custo mínimo podem ser visualizados na Tabela 8.

Tabela 8 – Arrecadação de dívidas parceladas ou pagas parcialmente

Tipo de Débito	2016	2017	2018	Total Geral
IPTU	R\$ 255.709,23	R\$ 220.696,62	R\$ 222.453,13	R\$ 698.858,98
OUTROS	R\$ 44.731,99	R\$ 77.622,68	R\$ 75.029,17	R\$ 197.383,84
Total Geral	R\$ 300.441,22	R\$ 298.319,30	R\$ 297.482,30	R\$ 896.242,82

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações fornecidas pela Procuradoria Geral do Município.

O parcelamento das dívidas abaixo do custo gerou uma arrecadação para o município de R\$ 896.242,82 (oitocentos e noventa e seis, duzentos e quarenta e dois reais e oitenta e dois centavos) ao longo do período. Somado ao valor apresentado na tabela 10, têm-se que o município arrecadou, aproximadamente, R\$ 3.609.782,19 (três milhões, seiscentos e nove mil, setecentos e oitenta e dois reais e dezenove centavos). Esse valor é muito aquém das custas para esses processos no período (R\$ 14.458.940,33), o que representa apenas 24,96% do valor total, ou uma diferença de R\$ 10.849.158,14 (dez milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, cento e cinquenta e oito reais e quatorze centavos) aos cofres municipais.

CONCLUSÃO E IMPLICAÇÕES GERENCIAIS

O trabalho desenvolvido pela parceria entre a Prefeitura Municipal de Londrina e o Núcleo Interdisciplinar de Gestão Pública da Universidade Estadual de Londrina teve como objetivo apurar o custo mínimo de execução fiscal com a finalidade de estabelecer uma política tributária que considere o custo benefício do ajuizamento de executivos fiscais, para que seja coerente buscar outros meios de cobrança mais céleres e menos custosos.

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, o município direciona uma grande quantidade de esforço em ajuizamentos que não são vantajosos, ocasionando uma custa desnecessária, o que prejudica o seu desempenho orçamentário e a eficiência da gerência de execução fiscal.

Como alternativa, a cobrança por via administrativa de valores abaixo do custo é uma possibilidade com respaldo legal. O Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2019a), no Diário Eletrônico nº 2092 relatou, a partir do processo nº 33.057/18, que o protesto extrajudicial é uma forma de cobrança mais eficiente, célere e barata em relação à cobrança judicial.

No município de Londrina, a 2ª Vara, por meio do Ofício nº 26/2019-GPOS (Paraná, 2019b), forneceu estatística aproximada da efetividade das cobranças das custas judiciais via protesto extrajudicial. Considerando o período de janeiro/2017 a julho/2019, foram protestados 14.231 processos, dos quais 7.523 (52,86%) tiveram suas cobranças geradas e pagas.

A partir disso, a gerência de execução fiscal elaborou uma proposta de lei que implementasse o não ajuizamento, a qual foi aprovada posteriormente no ano de 2019. A lei nº 12.982, de 18 de dezembro de 2019 autoriza o não ajuizamento e a desistência de ações judiciais, dispõe sobre o reconhecimento de prescrições administrativas e judiciais e dá outras providências (Londrina, 2019).

Todo o trabalho foi desenvolvido com a checagem das análises por servidores da Prefeitura Municipal de Londrina. A discussão visou proporcionar uma transparência entre as equipes, assim como fomentar a discussão e aprofundar as análises conforme minúcias conhecidas pelos próprios servidores que, presos nas atividades diárias, acabam não conseguindo desenvolver análises dessa magnitude.

O estudo apresentou algumas limitações quanto ao cálculo conforme explicado anteriormente, como não possuir os tempos exatos de cada processos, assim como não ter considerado custas indiretas. No entanto, ressalta-se que todos os cálculos foram realizados considerando a prudência contábil, assim como discutido exhaustivamente com os servidores da prefeitura.

É importante ainda ressaltar a colaboração entre o serviço público com o meio acadêmico. Parcerias dessa natureza proporcionam um ganho para ambos os lados, enquanto na busca pelos princípios eficácia, eficiência, economicidade e transparência.

REFERÊNCIAS

ABBAS, katia; GREJO, Letícia Mاتيولli; PAVÃO, Juliane Andressa; VELOSO, Claudinéia Nunes. Custeio baseado em atividades (ABC) e custeio baseado em atividade e tempo (TDABC) em organizações hospitalares: uma análise descritiva da literatura nacional e internacional. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 24-38, jul./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5585/rgss.v5i2.250>

ABREU, Cilair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 73-90, jan./fev. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-76121776>.

ABU-EL-HAJ, Jawdat. Da “era Vargas” à FHC: transições políticas e reformas administrativas. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 36, n. 1/2, p. 33-51, 2005.

ALBUQUERQUE, Francisco Apoliano; FEITOSA, Lorena Aragão; FEITOSA, Léa Aragão; ALBUQUERQUE, Thiago Luis. Controladoria e eficiência no setor público. **Controle**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 109-121, dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v13i2.6>.

ALONSO, Marcos. Custos no serviço público. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 50, n. 1, p. 37-63, jan./mar. 1999.

BERTÓ, Dalvio José; BEULKE, Rolando. **Gestão de custos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília, DF: CNJ, 2018.

COSTA, Caio César de Medeiros; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; BRAGA, Marcelo José; ABRANTES, Luiz Antônio. Fatores associados à eficiência na alocação de recursos públicos à luz do modelo de regressão quantílica. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 5, p. 1319-1347, set./out. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-7612130868>.

DOLFINI, Carlos Renato; BEIRUTH, Aziz Xavier; MONTE-MOR, Danilo Soares. O protesto extrajudicial como instrumento de recuperação de dívida ativa em contraposição à ação de execução fiscal. **Ambiente Contábil**, Natal, v. 11, n. 1, jan./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21680/2176-9036.2019v11n1ID15220>.

FILGUEIRAS, Fernando. Indo além do gerencial: a agenda da governança democrática e a mudança silenciada no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 71-88, jan./fev. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-7612161430>.

KAPLAN, Robert S.; ANDERSON, Steven R. The innovation of time-driven activity-based costing. **Journal of Cost management**, Cambridge, v. 21, n. 2, p. 5-15, 2007.

KAPLAN, Robert S.; ANDERSON, Steven R. Time-driven activity-based costing. **Harvard Business Review**, Cambridge, v. 82, p. 131-138, 2004.

LONDRINA. **Lei n. 12.982, de 18 de dezembro de 2019**. Autoriza o não ajuizamento e a desistência de ações judiciais, dispõe sobre o reconhecimento de prescrições administrativas e judiciais e dá outras providências. Londrina: Prefeitura Municipal de Londrina, 2019.

MACHADO, Nelson; HOLANDA, Victor Branco de. Diretrizes e modelo conceitual de custos para o setor público a partir da experiência no governo federal do Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 791-820, jul./ago. 2010.

MARTINS, Eliseu. **Contabilidade de custos**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MELO JÚNIOR, José Eustáquio de. Execução fiscal: um enfoque sobre as propostas de alteração legislativa. **Esmat**, Palmas, v. 2, n. 2, p. 111-125, jan./dez. 2010. DOI: <https://doi.org/10.34060/re-esmat.v2i2.152>.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte da gestão pública. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 53, n. 1, p. 82-90, jan./fev., 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-75902013000100008>.

PARANÁ. Tribunal de Contas. **Diário eletrônico n. 2092**. Curitiba: TCEPR, 2019a.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Of. n. 26/2019-GPOS**. Curitiba: TJPR, 2019b.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 47, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v47i1.702>.

PINTO, Juliana de Fátima; SANTOS, Leonardo Tadeus dos. Administração pública brasileira no século XXI: caminhamos para alguma reforma?. **Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, v. 9, n. 3, p. 205-215, jul./set. 2017. DOI: <https://doi.org/10.21118/apgs.vli3.5141>.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando; BEVILACQUA, Roberto. Informações de custos e qualidade do gasto público: lições da experiência internacional. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 959-992, jul./ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122010000400009>.

CULTURA DA DOAÇÃO, INCENTIVOS FISCAIS E FUNDOS PATRIMONIAIS ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

CULTURE OF DONATION, TAX INCENTIVES, AND ENDOWMENT FUNDS BETWEEN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF AMERICA

Lucas Gabriel Lopes Pinheiro*

Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff**

Maria Stela Campos da Silva***

*Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA - PPGD/UFPA. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9120-6570>

**Doutora em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora no curso de graduação em Direito e professora permanente na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Professora no Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento da Universidade Federal do Pará. Membro da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units Research Network Program (JAMBU-RNP). Coordenadora do projeto de pesquisa Financiando Direitos. Advogada.

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela UFPA. Professora da graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado acadêmico – PPGD e mestrado profissional – PPGDDA em Direito) da Universidade Federal do Pará. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7820-9547>

Resumo: O artigo objetiva analisar se a omissão da regulamentação a respeito dos incentivos fiscais pode constituir empecilho ao desenvolvimento da cultura da doação no Brasil, em uma pesquisa de Direito Comparado face ao exemplo dos Estados Unidos da América. A pergunta colocada é de que modo a ausência de previsão de incentivos fiscais na disciplina jurídica dos fundos patrimoniais pode incentivar, ou não, a cultura da doação no cenário brasileiro, considerando a existência de incentivos fiscais no regime jurídico americano. Utilizou-se metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, método de procedimento comparativo funcional e pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que a ausência de incentivos fiscais para a doação a fundos patrimoniais constitui empecilho ao desenvolvimento da cultura da doação no Brasil, ainda que o exemplo americano ajude a demonstrar que importa não apenas a existência de incentivos fiscais, mas que o arranjo destes seja eficiente.

Palavras-Chave: fundos patrimoniais; incentivos fiscais; cultura da doação.

Abstract: This paper analyzes whether the lack of regulation regarding tax incentives hinders the development of a culture of donation in Brazil, compared to the example set by the United States. The question posed is how the absence of tax incentives in the legal framework for endowment funds might influence the culture of donation in Brazil, especially considering the presence of such incentives in the American system. A hypothetical-deductive approach was used, along with functional comparative methodology and bibliographic and documentary research. The study concludes that the lack of tax incentives for donations to endowment funds is a barrier to developing a culture of donation in Brazil. The American example shows that it's not just the existence of tax incentives that matters, but how efficiently they are arranged.

Key Words: endowment funds; tax incentives; giving culture.

INTRODUÇÃO

No cenário contemporâneo de crise fiscal e consequente busca por fontes alternativas de recursos para o custeio de necessidades vinculadas aos direitos, particularmente sociais e culturais, ganha destaque o marco jurídico sobre a regulamentação dos fundos patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.800, de 4 de janeiro de 2019 (Brasil, 2019).

Os fundos patrimoniais se destinam ao financiamento de finalidades de interesse público¹, o que pode incluir direitos sociais fundamentais como a educação e a saúde, a partir da arrecadação, gestão e destinação de doações, e pode constituir receita complementar ao financiamento de instituições de direito público.

Por meio de pesquisa exploratória, é possível observar que os fatos sociais e as relações sociais (Reale, 2013) já se utilizavam dos fundos² enquanto formas de captação de recurso, porém, o Direito apenas apresenta a regulamentação deste instituto em 2019. Assim, a experiência com os fundos patrimoniais fora iniciada no Brasil previamente a esta legislação, sendo esta, porém, responsável por instituir um regime jurídico próprio a estes fundos.

A disciplina jurídica dos fundos filantrópicos inclui a estruturação em órgãos, parques mecanismos de responsabilização e os tipos de doações que podem ser por eles recebidas. Todavia, deixou de prever incentivos fiscais específicos referentes à doação para fundos patrimoniais – objeto de veto presidencial quando da aprovação da Lei n.º 13.800 de 2019, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, como o dos Estados Unidos da América, país no qual é paradigmática a experiência com os fundos patrimoniais, particularmente aqueles dedicados ao ensino superior (Hirata; Grazioli; Donnini, 2019, p. 80).

Diante disso, questiona-se: de que modo a ausência de previsão de incentivos fiscais na disciplina jurídica dos fundos patrimoniais pode incentivar, ou não, a cultura da doação no cenário brasileiro, considerando a existência de incentivos fiscais no regime jurídico americano? Pretende-se examinar, assim, se a omissão da regulamentação a respeito dos incentivos fiscais pode constituir empecilho ao desenvolvimento da cultura da doação no Brasil.

Para tanto, utiliza-se metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, método de procedimento comparativo funcional, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa foi dividida em quatro seções. Na primeira seção, abordar-se-á o conceito de cultura da doação. Em seguida, objetiva-se analisar o conceito de incentivos fiscais e a possível relação da extrafiscalidade com o incentivo à cultura da doação.

1 Entende-se interesse público, portanto, para além da visão unitária, objetiva e mensurável do que é o melhor para todos, na medida em que há sempre muitos interesses relevantes em jogo, que também podem ser consagrados pela esfera privada, não só pelo Estado (Marques Nieto, 2011, p. 1085-1087).

2 Como no caso dos fundos patrimoniais de apoio ao ensino superior, a exemplo da Fundação Fundo Patrimonial da FEA USP, criada em 2017; da Associação *Endowment* Direito GV, criada em 2012; e da Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli (Escola Politécnica da USP), criada em 2011.

A terceira seção realiza estudo da disciplina jurídica dos fundos patrimoniais no Brasil voltado especificamente à análise da Lei nº. 13.800 de 2019 (Brasil, 2019). Por fim, na quarta seção há investigação com vista a entender os impactos possíveis a partir dos incentivos fiscais a fundos patrimoniais no contexto dos Estados Unidos da América.

Percebe-se, ao final, que a ausência de previsão legal acerca de incentivos fiscais, especialmente tributários, no que diz respeito à doação a fundos patrimoniais não favorece de forma direta a cultura da doação e atua como desincentivo à consolidação desse instituto jurídico como possibilidade de complementação de receitas às instituições de direito público.

O caso dos fundos patrimoniais nos Estados Unidos ajuda a demonstrar tal hipótese a partir da visualização dos ganhos oferecidos pelos incentivos fiscais, bem como que – mais do que prever incentivos fiscais – o ordenamento deve prever arranjos eficientes que possibilitem o controle de resultados.

1 CULTURA DA DOAÇÃO: DA BENEVOLÊNCIA AO INVESTIMENTO SOCIAL

O instituto jurídico da doação se encontra, a princípio, no campo do direito privado. No Código Civil de 2002, por exemplo, está previsto por meio de um contrato de doação no art. 538, segundo o qual, “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (Brasil, 2002).

Tal configuração como contrato e, portanto, como um negócio jurídico, traz determinadas reverberações ao instituto. Em primeiro lugar, deve atender às exigências do art. 104 do Código Civil, notadamente a capacidade das partes, a formalidade, bem como a licitude do objeto, que também deve ser determinado ou determinável.

Em segundo lugar, a doação adquire o status de bilateralidade, pois irradia efeitos entre as partes. Trata-se de relação que cria direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções sobre ambos, o doador e o donatário (Miranda, 2012, p. 281).

Nessa concepção contratualista, a doação é precedida de manifestação convergente das vontades do donatário e do doador, bem como que a manifestação de vontade deste último seja beneficiar o donatário. É, ainda, negócio jurídico *inter vivos* e limitado pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva (Scaff, 2015, p. 60).

Essa doação pode ser de direito público, em que são sujeitos uma pessoa física e o Estado, sendo comum, de um lado, a doação de dinheiro por parte do particular para uma finalidade pública e, de outro lado, a concessão de vantagens fiscais a este particular por parte do Estado, ainda que nem toda doação gere vantagem fiscal (Scaff, 2015, p. 61-62).

Assim, enquanto contrato, a doação possui elementos constitutivos objetivo e subjetivo. O elemento objetivo é a transferência de parcela do patrimônio do doador ao patrimônio do donatário

– seja bem móvel, imóvel ou um direito – sem a necessidade de contrapartida. O elemento subjetivo, por sua vez, é a manifestação de vontade, configurada na liberalidade do ato – a disposição por livre expressão de vontade – em motivação externa ao mundo jurídico (Scaff, 2015, p. 62-63).

Referido conceito de liberalidade próprio da doação é, a princípio, correlato a motivações como generosidade, caridade e solidariedade. Nesse sentido, desempenhando as doações uma função social e ética para concretização de aspirações de uma sociedade solidária, há a necessidade de legislações benéficas que facilitem e incentivem esta prática, bem como que prevejam limitações para proteger as pessoas contra eventual excesso de generosidade (Wald, 2004, p. 378).

Nessa perspectiva, o ato de doar envolve bondade e benevolência: a doação é realizada sem a expectativa de contrapartidas. Contudo, na atualidade, o elemento gratuidade tem sido revisto e ganhou ares de estratégia de mercado, notadamente para as pessoas consideradas ricas ou para as empresas, como ocorre nos casos de investimento social privado (Scaff, 2015, p. 69).

Portanto, a noção contratualista inicial referente à doação, em que esta significa a transferência de parte do patrimônio a outrem sem a expectativa de contrapartida, recebe nova conotação, em que as doações, particularmente as em dinheiro, buscam contrapartidas relacionadas principalmente às vantagens fiscais concedidas pelo Estado. Nessa mudança de paradigma, o doador passa a considerar como determinante elementos como os incentivos fiscais concedidos e o marketing digital e seu alcance decorrente da doação (Scaff, 2015, p. 28-69).

Há, inclusive, incentivos do Estado às doações de capital privado às finalidades públicas, com um compartilhamento de responsabilidades entre Estado e sociedade civil quanto ao fomento de finalidades públicas. A doação torna-se um instituto situado na interseção entre o direito público e o direito privado (Scaff, 2015, p. 29-69).

Tais doações privadas podem ser voltadas às finalidades de interesse público, como ocorre quando uma empresa doa parte do seu lucro para uma causa social, ou diretamente a entidades públicas. Nesse último caso, há submissão aos princípios gerais da administração pública, por se tratar de doação para instituição pública, que implica a regência das normas de direito público.

É exemplo desta modalidade a possibilidade da doação para projetos específicos prevista no §2º do inciso X³, do art. 53 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação – Lei n.º 9.394 de 1996, buscando trazer maior garantia de segurança ao doador (Brasil, 1996).

As doações surgem, portanto, do interesse de doar e de contribuir socialmente por uma causa que o doador julgue relevante, com a consequente contribuição da sociedade em determinados setores que almeja o desenvolvimento, como tecnologia, educação, saúde, segurança.

3 Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

X - receber subvenções, **doações**, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas. [...]

§ 2º As doações, inclusive monetárias, podem ser dirigidas a setores ou projetos específicos, conforme acordo entre doadores e universidades (Brasil, 1996, grifo nosso).

Trata-se da liberalidade do cidadão empregada em prol do desenvolvimento social. Nesse diapasão, a doação passa a ser um instrumento hábil para que o indivíduo possa contribuir para o desenvolvimento da sociedade do qual está inserido, amparando causas que julgue importantes e de impacto social, o que pode ocorrer mediante a doação destinada a fundos patrimoniais, em que configurará uma fonte complementar de receita para o financiamento dos direitos humanos.

Nesse cenário, ainda que as pessoas físicas e jurídicas possam buscar a doação considerando finalidades de interesse público, a promoção desta cultura da doação deve ser tratada de maneira institucional e organizada pelo Estado, que deve buscar a liberalidade do cidadão – o que pode ocorrer por meio do estímulo fiscal – particularmente no contexto de corte de gastos públicos.

Significa dizer que a nova percepção da doação implica não apenas no indivíduo como agente ativo no financiamento de atividades sociais para o desenvolvimento socioeconômico, mas como uma prática que deve ser difundida por toda a sociedade e pelo Estado.

A partir disso, é imprescindível para o crescimento da cultura da doação, em que o cidadão se perceba como integrante de uma comunidade enquanto ser coletivo essencial para o desenvolvimento do seu país, que o Estado fomente pessoas físicas ou jurídicas a participar mais ativamente desta nova perspectiva de exercício da cidadania, bem como contribuir com o terceiro setor (fundações e associações sem fins lucrativos) na consecução deste objetivo, o que pode ocorrer através dos incentivos fiscais e políticas públicas à sociedade.

Esse novo paradigma não se refere a uma substituição de responsabilidades estatais e ou à retirada do papel alocativo, distributivo e estabilizador do Estado no uso de seus recursos financeiros. Distintamente, corresponde à necessidade de complementar o financiamento de áreas sociais, incentivar a cidadania e a preocupação social com o outro ao inserir o cidadão na problemática vivenciada pela sociedade.

2 INCENTIVOS FISCAIS: ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS

Os tributos são a principal fonte de receita do Estado que, por meio deles, busca cumprir com suas obrigações e atender às necessidades sociais. Entretanto, a tributação também possui efeitos econômicos, isto porque gera novas distorções de mercado e, ao mesmo tempo, pode ser instrumento de minimização de danos e indutora de comportamentos (Schoueri, 2005).

Por isso, a tributação não possui somente uma função arrecadatória, mas paralelamente há uma função indutora de comportamento correspondente ao papel da extrafiscalidade (Schoueri, 2019, p. 36). No caso dos incentivos fiscais, busca-se a geração de efeitos distributivos, alocativos e estabilizadores, em uma indução de comportamento que não se esgota em aspectos meramente tributários, perpassando por outras ordens. Incentivos fiscais são instrumentos de indução de comportamento, no qual o Estado se utiliza para alcançar determinados objetivos.

De antemão, ressalta-se que não há uma definição própria de incentivos fiscais na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Nesse sentido, parte significativa da doutrina considera como sinônimos as expressões incentivos fiscais e benefícios fiscais. É o caso, por exemplo, de Correia Neto (2012) e de Nabais (2007).

Para o primeiro, sendo ambas utilizadas na Constituição Federal e correspondentes à extrafiscalidade, são expressões sinônimas (Correia Neto, 2012, p. 26). Para o segundo, não obstante sejam expressões utilizadas como sinônimas, os incentivos fiscais dependem de contrapartida (Nabais, 2007, p. 109)⁴. Todavia, conforme entende Correia Neto (2012, p. 27), essa distinção não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme destaca Pereira (2021, p. 57-58), não há diferenciação entre tais expressões não somente na Constituição, mas na legislação infraconstitucional, a exemplo do que dispõe a Lei do Bem (Lei nº 11.196 de 2005) (Brasil, 2005). Este diploma legal nomeia as vantagens como incentivos fiscais nos seus artigos 17 e 24 e, ao mesmo tempo, em seu artigo 23, cunha-os como benefícios fiscais e subvenção.

Pereira (2021, p. 57-58) destaca, ainda, no âmbito infraconstitucional, a atuação do Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Ciência e Tecnologia, o qual, em seus editais, utiliza de maneira intercambiável as denominações “vantagem”, “benefícios”, “subvenção econômica” e “crédito subsidiado”, sem um título específico para as vantagens ali percebidas (que são de natureza financeira e creditícia).

No presente escrito, segue-se o entendimento de Pereira (2021), com o tratamento de ambas as expressões como sinônimas, considerando a utilização indiscriminada destas no ordenamento jurídico brasileiro, a nível constitucional e infraconstitucional, sendo de pouca utilidade diferenciá-las no contexto do direito brasileiro.

A Constituição Federal, enquanto núcleo do sistema jurídico, garante a unicidade do ordenamento jurídico. Por isso, há a necessidade de uma hermenêutica sistemática, consoante esse núcleo. A partir dessa hermenêutica, com a especial observância aos preceitos constitucionais, há unicidade do direito positivo e a consequente garantia da segurança jurídica (Guastini, 2005, p. 124).

Considerando essa necessidade de uma hermenêutica sistemática e conforme às normas constitucionais, os incentivos fiscais devem obedecer às regras constitucionais. Nesse âmbito, há destaque especial à busca pelo atendimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, e das regras da ordem econômica nacional, dispostas a partir do artigo 170 da Carta Magna.

⁴ Conforme afirma Pereira (2021, p. 57), referido entendimento fora consagrado no ordenamento jurídico português no Estatuto de Benefícios Fiscais, o Decreto-Lei nº 215/1989 da República Portuguesa, particularmente no art. 2º, que estabelece o conceito de incentivos fiscais como medidas de caráter excepcional para tutela de interesses extrafiscais relevantes (Portugal, 1989).

Assim, os incentivos fiscais terão por escopo os objetivos presentes na Constituição, o que implica ter a busca por um bem comum como princípio norteador, evitando a concessão de incentivos fiscais de modo indiscriminado.

Conforme destacam diversos autores, os incentivos ou benefícios fiscais costumam ser vistos, no cenário brasileiro, como sinônimos de incentivos ou benefícios tributários (Carrazza, 2006; Correia Neto, 2012; Nabais, 2013; Pereira, 2021). Segundo Pereira (2021, p. 59), esta utilização intercambiável é equivocada.

Nesse sentido, o autor remete à etimologia da palavra fiscal, cuja origem remonta ao latim *fiscalis*, ou relativo ao fisco, ao erário público e ao tesouro (Pereira, 2021, p. 59). Por isso, incentivos fiscais são mais amplos do que incentivos de ordem tributária. Há, na verdade, uma relação de gênero e espécie, em que o primeiro corresponde aos incentivos fiscais e o segundo, aos incentivos tributários, incluindo as renúncias de receita, aos incentivos financeiros e aos incentivos creditícios⁵.

Patrícia Sayd (2003, p. 9) possui entendimento semelhante. Para a autora, benefícios fiscais são o gênero do qual decorrem quatro espécies, quais sejam, a desoneração tributária, os benefícios financeiros, os benefícios creditícios e os benefícios tributários.

A desoneração tributária corresponde à não tributação que não resulta em perda de receita, como ocorre quando a tributação da atividade inviabilizaria a existência desta. A autora cita como exemplo a isenção de IPI na exportação de manufaturados, pois, nesse caso, alternativa diversa levaria à frustração na geração de receita, na medida em que seria inviabilizada a inserção dos produtos nacionais no mercado internacional (Sayd, 2003, p. 10).

Por sua vez, os benefícios financeiros se referem às transferências correntes (subvenções) destinadas a cobrir despesas operacionais das entidades (Sayd, 2003, p. 11). Consoante relatório do Ministério da Economia, ainda, os incentivos financeiros correspondem às subvenções econômicas e sociais, que geralmente afetam a despesa primária e estão sujeitos aos limites da Emenda Constitucional n.º 95 de 2016, popularmente conhecida como emenda constitucional do teto dos gastos (Brasil, 2018, p. 7).

Os benefícios creditícios, distintamente, são os subsídios oriundos de operações oficiais de crédito destinadas ao financiamento de atividades diversos, que podem incluir programas de custeio, investimento e comercialização (Sayd, 2003, p. 12). Segundo Pereira (2021, p. 66), eles decorrem de programas oficiais de crédito, operacionalizados à taxa de juros inferior ao custo de captação do governo e quase totalmente por fundos e programas, “com a finalidade de financiar determinadas atividades com escopo de alcançar desenvolvimento nacional, quanto regional, bem como social”.

Enfim, os benefícios tributários são referentes à receita e concernem à isenção ou redução tributária com objetivos específicos relacionados ao benefício de grupos restritos de contribuintes,

⁵ Pereira (2021, p. 70) entende ainda que devem ser incluídos nessa classificação os incentivos de ordem patrimonial, quais sejam, aqueles que alcançam as receitas patrimoniais.

setores econômicos ou regiões (Sayd, 2003, p. 12). De acordo com Pereira (2021, p. 63), esses objetivos econômicos e sociais buscados pelas políticas de incentivo tributário são superiores à tributação.

Como esclarece o autor, há a redução da arrecadação potencial e o aumento da disponibilidade econômica do beneficiário, o que gera renúncia de receita por parte do Estado e a consequente necessidade de atender aos termos do art. 14⁶ da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar n.º 101 de 2000 (Pereira, 2021, p. 63).

Em conclusão, na classificação de Patrícia Sayd, os incentivos ou benefícios fiscais são distinguíveis a partir da referência à despesa ou à receita, sendo os financeiros e creditícios referentes aos gastos diretos relacionados à despesa, consoante previsão orçamentária e com aumento da despesa, e os tributários aqueles a que corresponde renúncia de receita, com perda na arrecadação decorrente da concessão de um benefício tributário (Sayd, 2003, p. 3), conforme explicitado em tabela:

Tabela 1 – Classificação dos Benefícios ou Incentivos Fiscais

Benefícios ou Incentivos Fiscais	Desoneração Tributária	
	<i>Benefícios ou Incentivos Financeiros</i>	<i>Despesa</i>
	<i>Benefícios ou Incentivos Creditícios</i>	
	<i>Benefícios ou Incentivos Tributários</i>	<i>Receita</i>

Fonte: Sayd (2003, p. 3).

Os incentivos fiscais, em seara de comunicação entre o direito tributário e o direito financeiro, precisam do melhor entendimento a respeito dos seus efeitos para que sejam utilizados adequadamente para atender ao objetivo de indução de comportamento para fins sociais.

Com base nisso, a tributação pode ser instrumentalizada a partir de sua função extrafiscal, inclusive para promover o crescimento da cultura da doação, com a colaboração para a percepção do cidadão como integrante da comunidade ao complementar o financiamento de áreas sociais.

A plena realização dos direitos assegurados na Constituição depende de instrumentos diversos de políticas públicas, o que inclui a política fiscal de incentivos à cultura da doação – com estímulos às doações por meio de lei de incentivos, como repasses a organizações sem fins lucrativos ou para fundos patrimoniais.

3 FUNDOS PATRIMONIAIS: CONCEITO E DISCIPLINA JURÍDICA

Os fundos patrimoniais foram regulamentados pela Lei n.º 13.800 de 2019, tendo como escopo principal a possibilidade de tais fundos apoiarem financeiramente pessoas jurídicas de direito

6 Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição (Brasil, 2000).

público, desde preenchidos os requisitos legais, notadamente a busca por finalidades de interesse público que refletem os direitos sociais e culturais fundamentais (Brasil, 2019).

Além disso, referido instituto constitui possibilidade, no regime jurídico atual, de fonte de recurso privada em um modelo de financiamento híbrido, que é complementar e paralela e não substitutiva do modelo de financiamento majoritariamente público por meio de repasses fiscais e do orçamento público (Scaff; Pereira; Pinheiro, 2021, p. 344-345). Faz-se necessário, entretanto, conhecer os fundos patrimoniais e sua disciplina jurídica com maior especificidade quanto aos incentivos fiscais (ou a ausência destes).

3.1 CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS FUNDOS PATRIMONIAIS

Os fundos patrimoniais, também conhecidos como *endowments* ou fundos filantrópicos, se apresentam como um instrumento inovador de gestão e de ampliação das fontes de receita para as instituições sem fins lucrativos. Mostram, ainda, uma dimensão ousada no que se refere à possibilidade de participação de empresas em projetos de interesse público. Erika Spalding (2016, p. 5) conceitua essa espécie de fundo do seguinte modo:

O conceito de um *Endowment* é o de um fundo permanente, que se estrutura por meio de modelo de gestão de investimentos de longo prazo e com governança apropriada, e que, em sua essência, busca preservar o montante principal e reger a utilização dos rendimentos auferidos em prol da missão finalística a que se propõe. Trata-se de um conjunto de ativos permanentes (dinheiro, títulos, imóveis, entre outros), geridos com vistas a preservar o valor doado no longo prazo, utilizando seus rendimentos em prol de entidades sem fins lucrativos e de suas finalidades institucionais. Objetiva, assim, criar uma estrutura para a sustentabilidade da entidade, possibilitando uma gestão de longo prazo dos recursos destinados ao fundo e assegurando a manutenção (e desejavelmente o incremento) do patrimônio original.

Fundos patrimoniais são conjuntos de ativos que objetivam a sustentabilidade de uma causa benéfica apoiada por meio da administração do seu patrimônio com vista a preservar o montante principal cujos rendimentos dos investimentos realizados são destinados ao interesse público ou à instituição financeira a que se destina o fundo. Esta reunião de recursos decorre de doações de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, além de projetos de renda próprios e, dentre outros, de editais ou de patrocínios.

Trata-se de um instituto que envolve tanto elementos contábeis quanto de administração que ora está sendo regulamentado no Brasil. Apresenta como características a reunião de recursos destinados à finalidade pública, a boa governança, a presença de instituição sem fins lucrativos, o rendimento do montante investido no fundo, além da capacidade de ser permanente e, consequentemente, gerar sustentabilidade financeira.

Uma das dificuldades é a delimitação da natureza jurídica do fundo. Hirata, Grazioli e Donnini (2019, p. 20) destacam que, em relação à natureza jurídica do fundo patrimonial, é mais

importante a função do instituto do que a sua estrutura. Na tentativa de categorizar os fundos patrimoniais, é preciso considerar algumas variáveis importantes, ou seja, as instituições participantes, o destino ou a causa do financiamento e se o uso dos seus recursos obedece às limitações estipuladas a partir de uma estrutura de governança correspondente a tal sustentabilidade, que procure manter o foco em relação ao propósito estabelecido.

Nesse sentido, cabe ressaltar a distinção dessa espécie de fundos em relação aos fundos de investimento, nos quais os cotistas desempenham um papel relevante na deliberação a respeito das questões envolvendo o fundo, em contrapartida ao papel assumido pelos doadores nos fundos patrimoniais, que não apenas não se configuram como cotistas, mas não recebem quaisquer dividendos do fundo e, em regra, não deliberam sobre o seu futuro (Spalding, 2016, p. 40-42), de modo a evitar a administração em benefício próprio.

Isto decorre de uma distinção mais profunda a respeito da própria finalidade dos fundos em comento, considerando que os fundos patrimoniais objetivam o financiamento da instituição ou causa apoiada, enquanto os fundos de investimento se direcionam ao benefício privado dos cotistas (Spalding, 2016, p. 42).

Ademais, considerando a necessidade de se atender à atividade, causa ou instituição de interesse social, deve ter o fundo, de antemão, um patrimônio capaz de atender ao propósito estabelecido. Em outras palavras, deve ser o patrimônio suficiente para gerar renda ao fundo por meio dos investimentos realizados (Hirata; Grazioli; Donnini, 2019, p. 22).

Isto gera um dilema importante entre a flexibilidade e a rigidez na administração dos fundos patrimoniais (Hirata; Grazioli; Donnini, 2019, p. 32), na medida em que o patrimônio deve ser suficiente para gerar renda ao fundo, mas sem deixar de atender ao propósito social estipulado, com ampla necessidade de liquidez. O equilíbrio objetivado na gestão dos recursos do fundo patrimonial deve vir, portanto, por meio da compatibilização da política de resgate com a política de investimento (Fabiani; Cruz, 2017, p. 190).

Deve o fundo patrimonial possuir uma clara estratégia de investimento, no que consiste a sua política de investimento, com vista a alcançar o maior retorno considerando a sustentabilidade da entidade apoiada, a qual deve ser equilibrada com o ritmo de gastos e resgate possível estabelecido a partir do método de cálculo estipulado pela política de resgate, com o elemento adicional da perspectiva de perpetuidade do fundo (Fabiani; Cruz, 2017, p. 190-191).

Assim, a partir do estudo realizado, um fundo patrimonial, *endowment* ou fundo filantrópico pode ser conceituado como a reunião de um patrimônio sem personalidade jurídica própria que apoia uma causa ou entidade de interesse social, sendo gerida – com pretensão de sustentabilidade – por pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com a utilização de parcela dos recursos obtidos por meio de doações em investimentos cujo rendimento deve fomentar a causa ou entidade apoiada pelo fundo.

3.2 DISCIPLINA JURÍDICA DOS FUNDOS PATRIMONIAIS: O VETO AOS INCENTIVOS FISCAIS

Mediante a regulamentação da Lei n.º 13.800 de 2019, houve permissão para a constituição de fundos patrimoniais com o objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas, projetos e demais finalidades de interesse público (Brasil, 2019).

Salienta-se que o regime jurídico brasileiro está estruturado em cinco temas considerados principais a fim de compreender de forma didática a estruturação legal do ambiente jurídico criado para o desenvolvimento dos fundos filantrópicos.

São eles: a) a exigência da criação de órgãos enquanto personagens dotados de competências legais; b) os mecanismos de responsabilidade, ainda frágeis diante da ausência de delimitação e de clareza, visto que não estabelece sanções em caso de descumprimento da lei; c) a gestão dos recursos arrecadados pelo fundo e sua possível aplicação enquanto forma de investimento; d) os tipos de doações – num ensejo ao avanço na cultura da doação; e) os incentivos fiscais, que foram objeto de veto, enfraquecendo a participação das empresas.

Para a finalidade do presente escrito, entretanto, basta destacar aqueles elementos mais relevantes para a cultura da doação e os incentivos fiscais⁷. Nesse sentido, o Projeto de Lei de Conversão n.º 31, de 2018 (oriundo da Medida Provisória n.º 851, de 2018), fora transformado em lei com veto parcial em sede de sanção presidencial (Brasil, 2018).

Entre os artigos vetados, encontra-se a integralidade do Capítulo III da Lei n.º 13.800 de 2019, cujo título é “Benefícios Fiscais” (Brasil, 2019). Mesmo no texto aprovado pelo Congresso Nacional, estes incentivos ou benefícios estavam limitados ao apoio aos incentivos tributários e às instituições públicas (Hirata; Grazioli; Donnini, 2019, p. 114).

O artigo 28, vetado, trazia alterações na Lei n.º 9.249 de 1995, acrescentando às possibilidades de dedução sobre contribuição social sobre o lucro líquido as doações a organizações gestoras de fundo patrimonial que apoiam instituições *públicas* de (a) ensino superior, educação profissional e tecnológica ou (b) instituições científicas, tecnológicas e de inovação públicas, (c) instituições de ensino e pesquisa com criação autorizada por lei federal preenchimento dos requisitos do art. 213 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Essas deduções também seriam possíveis se os fundos patrimoniais a que se destinariam as doações apoiassem instituições *públicas* relacionadas à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, à cultura, à saúde, ao meio ambiente, à assistência social, ao desporto, à segurança pública e aos direitos humanos, com previsão de obrigações acessórias correspondentes.

⁷ Importa mencionar a previsão legal de modalidades específicas de doação, quais sejam, a doação permanente não restrita (inclusão no patrimônio do fundo e sem possibilidade de resgate); a doação permanente restrita de propósito específico (inclusão no patrimônio do fundo e sem possibilidade de resgate, mas cujo rendimento tem utilização restrita aos projetos relacionados ao propósito definido no instrumento de doação) e doação de propósito específico (destinada a projeto definido no instrumento de doação e não pode ser imediatamente utilizada), que são de relevância para a temática da cultura da doação, mas fora do escopo delimitado para o presente trabalho.

O projeto acrescentava, ainda, no vetado artigo 29, a possibilidade de deduções sobre o imposto de renda das pessoas físicas das doações realizadas quando o fundo patrimonial apoiasse (a) instituições *públicas* de ensino superior, de educação profissional e tecnológica ou instituições científicas, tecnológicas e de inovação públicas ou (b) instituições *públicas* relacionadas à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, à cultura, à saúde, ao meio ambiente, à assistência social, ao desporto, à segurança pública e aos direitos humanos. Todavia, tais previsões foram vetadas em sanção presidencial.

Destaca-se, enfim, que muitos autores defendem que a incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD na doação acaba por ser um desestímulo desta prática, visto que aquele que doa, mesmo para um fundo patrimonial, teria que arcar com o custo tributário, além do valor destinado para o fim social (Martins, 2013, p. 2; Paulsen; Melo, 2006, p. 200).

Considerando a ausência de maiores incentivos para adesão à legislação, diante dos custos de transação e a ausência de sanções pelo seu descumprimento, há uma tendência no sentido de não haver grande adesão à referida legislação por parte dos fundos patrimoniais vinculados a entidades privadas (Hirata; Grazioli; Donnini, 2019, p. 122-123).

4 INCENTIVOS FISCAIS E DOAÇÕES NOS ESTADOS UNIDOS: A IMPORTÂNCIA DO ARRANJO

A regulamentação dos fundos patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro é antecipada pelo exemplo internacional. Não à toa, por exemplo, os principais fundos patrimoniais de apoio ao ensino superior (ou *endowments*) do mundo são aqueles que apoiam as Universidades de Harvard e de Yale, nos Estados Unidos da América, e as Universidades de Oxford e de Cambridge, no Reino Unido (Sinclair, 2020).

Nesse sentido, o instituto dos fundos patrimoniais possui regulamentação anterior em outros ordenamentos jurídicos, com destaque aos Estados Unidos da América, país no qual é paradigmática a experiência com os fundos patrimoniais destinados à educação e, em especial, ao ensino superior (Hirata; Grazioli; Donnini, 2019, p. 80).

Considerando a experiência prévia de crescimento nos fundos patrimoniais nesse cenário, faz-se preciso entender os principais incentivos fiscais previstos no ordenamento jurídico dos Estados Unidos e refletir sobre a possível influência que exercem no crescimento dos fundos patrimoniais neste país.

4.1 FUNDOS PATRIMONIAIS E INCENTIVOS FISCAIS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O sistema tributário dos Estados Unidos é separado em ao menos três níveis distintos – federal, estadual e local – os quais podem prever tributos distintos, que, em sua função arrecadatória,

levarão ao posterior fornecimento de bens e serviços à comunidade representada. Para o presente trabalho, todavia, importa mencionar os incentivos fiscais existentes sobre tributos no âmbito federal, possibilitando a dedução em caso de doações destinadas a fundos patrimoniais.

A regulamentação dos fundos patrimoniais no ordenamento jurídico americano se diferencia do caso brasileiro pela previsão de incentivos fiscais para a realização de doações de interesse social no Código Tributário Federal americano – o *Internal Revenue Code*, o Título 26 do Código de Leis dos Estados Unidos da América.

Esses incentivos se destinam às organizações qualificadas como sem fins lucrativos (referidas no Código como *charities*), que abarcam entidades educacionais, organizações religiosas, fundações que concedem recursos a outras entidades ou projetos, organizações que atuam nas áreas cultural, artística e de proteção ao meio ambiente, dentre outras⁸.

Nessa classificação, estão expressamente previstos os fundos patrimoniais (na legislação, como *endowments*), em especial aqueles voltados ao ensino superior (os *University Endowments Funds*⁹), como organizações sem fins lucrativos públicas.

Nesse diapasão, o Código Tributário Federal americano prevê ao menos três incentivos fiscais para a realização de doações para fundos patrimoniais com vista a fomentar determinadas causas de interesse social, como a educação: no Imposto de Renda (*income tax* – cujo percentual de dedução varia de 40% para pessoas físicas e 10% para pessoas jurídicas sobre a base de cálculo do tributo), no Imposto sobre Herança (*estate tax*) e no Imposto sobre Doação (*gift tax*), com regras específicas que permitem a redução do imposto devido pelo doador através do abatimento ou dedução do valor da referida doação da base de cálculo dos tributos em questão¹⁰ (Spalding, 2016, p. 15-17).

Ademais, considerando as críticas relacionadas à alegada acumulação de riqueza por parte dos principais fundos patrimoniais de apoio ao ensino superior do país (Baum; Lee, 2019, p. 41), houve a criação de uma exceção à regra da não taxação das doações a eles destinados por meio da reforma tributária de 2017.

Nessa ocasião, foi instituído tributo sobre os ganhos dos fundos patrimoniais de uma parcela pequena de universidades privadas sem fins lucrativos. Instituições de ensino superior com pelo menos quinhentos estudantes, cujos ativos de seus fundos patrimoniais sejam superiores a \$500,000 (não indexado pela inflação) por estudante (exceto quando esses ativos são utilizados diretamente na realização do propósito da isenção da instituição) pagam um tributo de 1,4% sobre sua receita líquida de investimento.

8 Conforme definido na Seção 501 (c) (3) do Internal Revenue Code de 1986 (United States of America, 1986).

9 De acordo com disposição da Seção 170 (b)(1)(A)(iv) do Internal Revenue Code (United States of America, 1986).

10 A dedução para fins de Imposto de Renda está prevista na Seção 170 do IRC, enquanto as deduções para fins do Imposto sobre Herança e do Imposto sobre Doação estão dispostas, respectivamente, nas Seções 2055 e 2522 do mesmo código (United States of America, 1986).

4.2 5.2 FUNDOS PATRIMONIAIS E INCENTIVOS FISCAIS: POSSÍVEIS IMPACTOS

Os Estados Unidos da América possuem políticas de incentivos fiscais nas doações para tais organizações sem fins lucrativos, como os fundos patrimoniais, desde 1917, com a aprovação do *The Revenue Act of 1917*, que possibilitou de modo pioneiro a dedução dessas doações para abatimento no Imposto de Renda Pessoa Física Federal, permitindo, à época, uma dedução do valor da doação de até 15% da base de cálculo do imposto. Desde então, referida política tributária norte-americana vem sendo ampliada e discutida (Spalding, 2016, p. 17)

Considerando a longevidade de tal política, torna-se difícil medir o impacto comparativo exato que os incentivos fiscais exercem sobre o crescimento das doações aos fundos patrimoniais. Esta longevidade demonstra, ademais, a relevância da temática das doações na cultura americana, em especial entre as classes sociais mais altas (Spalding, 2016, p. 14).

Ao mesmo tempo, alguns estudos ajudam a ilustrar como, no caso americano, é possível identificar indícios de que há relação entre a maior disposição para doar e a existência de incentivos fiscais, mas que o arranjo assumido por esses incentivos é igualmente relevante para concretizar sua função extrafiscal de indução de comportamentos.

4.2.1 Incentivos fiscais e doações de ex-alunos: uma possível correlação?

Tendo em conta a dependência das instituições privadas americanas de ensino superior em relação ao apoio financeiro dos seus ex-alunos para a cobertura, dentre outras coisas, de seus fundos patrimoniais¹¹, Jessica Holmes (2009, p. 18-20) – a partir de dados coletados sobre o recebimento de doação anual entre 1990 e 2004 de 22,641 ex-alunos ativos para a Universidade de Middlebury¹² – buscou compreender as possíveis determinantes que estimassem a probabilidade de um ex-aluno realizar uma doação, bem como sobre o montante dessa doação.

Uma das determinantes pesquisadas pela autora concerne à pergunta sobre se e como as políticas tributárias de incentivos fiscais afetam as doações dos ex-alunos. Em especial, pergunta-se ex-alunos que vivem em estados que permitem deduções tributárias de doações doam mais e em valores maiores do que aqueles que vivem em estados sem essas vantagens fiscais (Holmes, 2009, p. 19).

A razão econômica para o tratamento diferenciado às doações para causas sociais, particularmente para fundos patrimoniais de apoio a instituições de ensino superior, justifica-se pelas

11 Segundo a autora, em 2004, por exemplo, as universidades privadas de artes liberais tiveram índice próximo de 43% do total do apoio voluntário originado em ex-alunos (Holmes, 2009, p. 18).

12 Os dados de cada ano continham informações sobre características pessoais dos ex-alunos, como ano de graduação, gênero, estado marital, setor de emprego e envolvimento em atividades da universidade – variáveis que podem ser representativas de muitas instituições de ensino superior no contexto dos Estados Unidos (Holmes, 2009, p. 20).

aparentes externalidades positivas geradas por esse tipo de doação, devendo, então, ser incentivada ou ter a sua ausência corrigida por meio de vantagens fiscais (Holmes, 2009, p. 18).

Os resultados da investigação da autora indicam, todavia, uma relação mais complexa entre incentivos fiscais e o aumento das doações de ex-alunos no caso pesquisado. Verificou-se que havia, em 2004, uma associação positiva entre as vantagens fiscais do Estado ao particular e doação por ex-alunos quando estes vivem em áreas com rendas médias superiores a \$73.000,00, o que não necessariamente acontecia ao se considerar os números totais (Holmes, 2009, p. 22).

Segundo Holmes (2009, p. 22-23), isso se explica em virtude de que o indicador para deduções de doações a causas sociais estar associado com outras características ou políticas estatais que podem afetar o comportamento do doador. A autora conclui, portanto, que as vantagens fiscais, particularmente as deduções tributárias, tendem a encorajar a doação de ex-alunos, mas o impacto dessas políticas costuma estar concentrado em ex-alunos de classes mais altas.

Trata-se de recorte específico e com resultados limitados, mesmo porque se restringe às doações de ex-alunos, somente para a Universidade de Middlebury e sem delimitar as doações realizadas diretamente à universidade daquelas destinadas ao fundo patrimonial da instituição. Ainda assim, o estudo ajuda a ilustrar como é possível relacionar incentivos fiscais e o crescimento da cultura da doação, inclusive por meio do incentivo para doações a fundos patrimoniais, o que destaca a relevância dessas políticas.

Indica, ademais, que, apesar da importância de existirem benefícios fiscais para incentivar tais doações, o desenvolvimento de uma cultura da doação depende igualmente de ser adequado o arranjo assumido por esses incentivos e de outros fatores, como o gênero e a idade do doador e, no caso dos fundos patrimoniais de apoio a instituições de ensino superior, o prestígio esportivo ou acadêmico da instituição, a existência de parentes próximos que tenham se graduado nessa instituição e a participação do doador nas atividades no campus durante seus anos de universidade.

4.2.2 O caso dos fundos patrimoniais: críticas aos incentivos fiscais e à concentração de recursos

Nos Estados Unidos da América, os principais fundos patrimoniais são aqueles voltados ao apoio a instituições de ensino superior, em especial as grandes universidades privadas do país, como as de Harvard e Yale (Baum; Lee, 2019, p. 2; Sinclair, 2020; Spalding, 2016, p. 17).

Esses fundos patrimoniais costumam ser associados a funções diversas: o complemento às demais receitas das instituições, com uma nova fonte anual de receita; o auxílio no atendimento das missões educacional e de pesquisa, potencializando a expansão financeira no escopo dessas atividades; assegurar segurança financeira a longo prazo às instituições, contra períodos de declínio financeiro nas matrículas e receitas, além de despesas não antecipadas; o fortalecimento da independência institucional; e assegurar a equidade intergeracional, para que os estudantes do futuro tenham as mesmas oportunidades que os estudantes de hoje (Baum; Lee, 2019, p. 5).

Entretanto, considerando tais finalidades, são realizadas críticas ao atual arranjo tributário e de incentivos fiscais no cenário americano face aos altos preços de matrícula nas grandes universidades; à suposta ajuda financeira em menor intensidade do que poderia ser desejável aos estudantes de baixa renda; à concentração de renda nas universidades com grandes fundos patrimoniais e desigualdade de patrimônio em relação aos demais; e à ausência de identificação dessas desigualdades na delimitação dos incentivos, sem fornecer maiores vantagens aos menores fundos patrimoniais (Baum; Lee, 2019, p. 1-41).

Muitos dos críticos questionam se os incentivos fiscais, predominantemente tributários, na verdade, são destinados para favorecer instituições ricas que educam predominantemente estudantes com histórico abastado e com fortes experiências acadêmicas que tendem a ir bem financeiramente, em vez de estudantes de instituições públicas e privadas sem fins lucrativos mais desfavorecidas financeiramente, que educam a maioria dos estudantes com experiências menos privilegiadas (Baum; Lee, 2019, p. 41).

Diante disso, há ampla discussão pública no país sobre qual seria o arranjo de incentivos fiscais mais eficiente para solucionar as supostas falhas existentes. Referidos debates incluem propostas direcionadas às universidades com grandes fundos patrimoniais para que mudem seu comportamento; a possibilidade de deduções tributárias quanto às doações para instituições que matriculem mais estudantes de baixa-renda, forneçam mais bolsas financeiras, ou cobrem menores taxas de matrícula; a limitação nas deduções para doações que não serão dispendidas imediatamente pela instituição com propósitos beneficentes etc (Baum; Lee, 2019, p. 29)¹³.

Resta demonstrado, portanto, como o arranjo de incentivos fiscais dos Estados Unidos sofre críticas especialmente pelos problemas dele decorrentes relacionados à concentração de renda nos fundos patrimoniais de poucas universidades. Essa situação ajuda a mostrar que a existência de incentivos fiscais no país é relevante para a cultura da doação, sendo ali mantidos desde 1917.

Todavia, mesmo no contexto americano, não é da mera existência de incentivos fiscais que decorre a solidez da cultura da doação a causas beneficentes. Importa, mais do que a mera previsão de vantagens fiscais, o arranjo assumido por esses incentivos, para sejam eficientes e possam ter seus resultados controlados, de modo a concretizar sua função indutora de comportamento e não provocar distorções no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, é possível afirmar que a ausência de previsão de incentivos fiscais na disciplina jurídica brasileira dos fundos patrimoniais tende a constituir desincentivo à criação

¹³ Em meio a essas discussões, fora incluído um novo tributo na reforma tributária de 2017, que permite a transferência dos recursos de um pequeno número de universidades privadas sem fins lucrativos com grandes fundos patrimoniais para o governo, supostamente para induzir as instituições afetadas a tornar as universidades mais acessíveis, ainda que a motivação dessa imposição seja discutida pela doutrina (Baum; Lee, 2019, p. 29).

de novos fundos patrimoniais e à doação para esses fundos, de modo a atuar em sentido contrário ao fortalecimento da cultura da doação no Brasil.

Os benefícios associados com a adesão à legislação derivam majoritariamente da segurança jurídica para a gestão dos recursos doados e investidos. Não há, na Lei n.º 13.800 de 2019, previsão de incentivos fiscais que estimulem o investidor social, no que, aparentemente, o arranjo proposto não contribui de maneira decisiva para o desenvolvimento do instituto e da cultura da doação no Brasil.

Salienta-se que o fomento do Estado é imprescindível para o crescimento da cultura da doação, em que o cidadão se perceba como integrante de uma comunidade enquanto ser coletivo essencial para o desenvolvimento do seu país, o que pode ocorrer através dos incentivos fiscais.

O cenário dos incentivos fiscais para fundos patrimoniais nos Estados Unidos da América ajuda a observar a importância dessas vantagens fiscais, considerando que este país possui regramento para tanto desde 1917, sendo a principal experiência no mundo com fundos patrimoniais.

Todavia, o exemplo dos Estados Unidos auxilia a visualizar que a relação entre incentivos fiscais e o fomento à cultura da doação por meio de fundos patrimoniais é mais complexa do que parece a princípio. Isto porque um ambiente que estimule as doações depende não apenas da existência de incentivos fiscais, mas do arranjo que estes assumem, bem como de fatores externos a estes incentivos, como o prestígio da instituição apoiada pelo fundo patrimonial.

Nesse sentido, a depender do arranjo de incentivos fiscais, estes podem causar distorções no mercado, como a concentração de recursos em poucos fundos patrimoniais. Por isso, reforça-se a relevância dos incentivos fiscais para estimular as doações para fundos patrimoniais, mas em um arranjo que possibilite o controle dos resultados com vista a gerar maior eficiência e, assim, fomentar a cultura da doação no país.

REFERÊNCIAS

BAUM, Sandy; LEE, Victoria. **The role of college and university endowments**. Washington, D.C.: Higher Education Policy for Minorities in the United States, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei complementar n. 101/2000, 04 de maio de 2000**. Lei de responsabilidade fiscal (LRF). Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406/2002, 10 de janeiro de 2002**. Código civil brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.196, 21 de novembro de 2005.** Institui o regime especial de tributação para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação - REPES, e dá outras providências [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11196compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.800, de 4 de janeiro de 2019.** Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13800.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.394/96, 20 de dezembro de 1996.** Lei de diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: MEC, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **2º Orçamento de Subsídios da União:** relatório do Governo Federal sobre os gastos tributários e os benefícios financeiros e creditícios no período de 2003 a 2017. 2. ed. Brasília, DF: SEFEL, 2018.

BRASIL. **Projeto de lei de conversão n. 31, 2018.** Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7890029&disposition=inline>. Acesso em: 18 dez. 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo:** incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2013.tde-15082013-084732>.

FABIANI, Paula Maria de Jancso; CRUZ, Helio Nogueira da. Fundos patrimoniais: caminho para a sustentabilidade de longo prazo. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, DF, v. 4, n. 2, p. 186-203, abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.31501/repats.v4i2.8852>.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

HIRATA, Augusto Jorge; GRAZZIOLI, Raquel; DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. **Fundos patrimoniais e organizações da sociedade civil.** São Paulo: GIFE; FGV; Direito SP, 2019.

HOLMES, Jessica. Prestige, charitable deductions and other determinants of alumni giving: evidence from a highly selective liberal arts college. **Economics of Education Review**, Amsterdam, v. 28, n. 1, p. 18-28, fev. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.econedurev.2007.10.008>.

MARQUES NIETO, Floriano de Azevedo. La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público e lo privado. In: AMIROCUM, Liber; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Derecho administrativo y regulación económica.** Madrid: La Ley, 2011. p. 1077-1103.

MARTINS, Marcelo Guerra. Renúncia de receita como gasto tributário e a lei de responsabilidade fiscal. **Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set./fev. 2013. Disponível em: <https://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/209>. Acesso em: 18 dez. 2021.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral: negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3.

NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

NABAIS, José Casalta. Política fiscal, desenvolvimento sustentável e luta contra pobreza. **Ciência e Técnica Fiscal**, Coimbra, n. 419, 2007. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/download/2564/2137>. Acesso em: 18 dez. 2021.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

PEREIRA, Luiz Felipe da Fonseca. **Política fiscal & inovação no Brasil: uma investigação sobre o arranjo de incentivos da lei do bem e do fundo nacional de desenvolvimento científico e tecnológico**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2021. Disponível em: https://sigaa.ufpa.br/sigaa/public/programa/noticias_desc.jsf?lc=pt_BR&id=353¬icia=8972731. Acesso em: 18 dez. 2021.

PORTUGAL. Decreto-lei n. 215/89, 01 de julho de 1989. Estatuto de benefícios fiscais. **Diário da República**: Lisboa, série 1, n. 149, p. 2578-2591, 1989. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/215-1989-620928>. Acesso em: 20 jan. 2020.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAYD, Patricia Dutra. **Renúncia fiscal e equidade na distribuição de recursos para a saúde**. 2003. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4699>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. **Doação de direito público e direito financeiro**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2015.tde-03122015-110416>.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; PEREIRA, Luiz Felipe da Fonseca; PINHEIRO, Lucas Gabriel Lopes. Financiamento da educação superior no Brasil e os fundos patrimoniais: um estudo sobre o fundo da escola politécnica da universidade de São Paulo. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 327-347, nov. 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8182>

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SINCLAIR, Liz. Universities with the largest endowments. **Work+Money**, [s.l.], 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www.workandmoney.com/s/largest-university-endowments-5b629e22f-6fc4046/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SPALDING, Erika. **Os fundos patrimoniais endowment no Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/593ab01c-d8fb-43c2-98a8-8ad2db7f16bd>. Acesso em: 18 dez. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. **Title 26**: internal revenue code. Washington, D.C.: U.S. House of Representatives, 1986. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title26&edition=prelim>. Acesso em: 18 dez. 2021.

WALD, Arnold. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ACESSO À INFORMAÇÃO E DIREITOS CONEXOS

JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN ACCESS TO INFORMATION AND RELATED RIGHTS

Diego Fonseca Mascarenhas*

*Doutor e Mestre em Direito pela UFPa. Professor universitário da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Faculdade Cosmopolita. Professor de programa de pós-graduação em administração da Universidade da Amazônia (PPAD-UNAMA). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional PPGDF UNAMA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3667-7924>

Resumo: Devido ao surpreendente avanço das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) sobre o acesso à informação, torna-se oportuno destacar as significativas transformações na articulação entre esse direito e a tutela de outros direitos contemplados na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Essas mudanças ampliam a compreensão de como o recebimento de dados ampara o desenvolvimento das liberdades civis em sociedades democráticas. Para a condução da pesquisa, foi utilizado o método lógico-dedutivo, mediante análise bibliográfica e jurisprudencial. Os resultados indicaram desenvolvimentos notáveis da CorteIDH sobre o acesso à informação em áreas como proteção ambiental, direitos indígenas, transparência governamental e planejamento familiar. No entanto, destaca-se a existência de uma lacuna no tratamento jurídico da desinformação e das *fake news*, o que sugere a necessidade de uma abordagem mais robusta para garantir a proteção efetiva do direito ao acesso a dados na era digital. Conclui-se que o direito de ser informado deve ser tutelado de maneira a preservar a integridade da informação sem impor censura, de modo a proteger a sociedade contra as consequências negativas da desinformação e fortalecer as bases de um sistema jurídico que promova tanto a justiça quanto a transparência.

Palavras-chave: acesso à informação; interpretação construtiva; decisões da corte interamericana de direitos humanos; internet.

Abstract: Due to the surprising advancement of decisions by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) regarding access to information, it becomes timely to highlight the significant transformations in the articulation between this right and the protection of other rights contemplated in the American Convention on Human Rights (ACHR). These changes broaden the understanding of how the receipt of data supports the development of civil liberties in democratic societies. For the conduct of the research, the logical-deductive method was used, through bibliographic and jurisprudential analysis. The results indicated notable developments by the IACHR on access to information in areas such as environmental protection, indigenous rights, government transparency, and family planning. However, there is a notable gap in the legal treatment of misinformation and fake news, suggesting the need for a more robust approach to ensure the effective protection of the right to access data in the digital age. It is concluded that the right to be informed must be protected in a way that preserves the integrity of information without imposing censorship, in order to protect society against the negative consequences of misinformation and

to strengthen the foundations of a legal system that promotes both justice and transparency.

Key-words: access to information; constructive interpretation; decisions of the inter-american court of human rights; internet.

INTRODUÇÃO

O artigo propõe analisar as decisões da CorteIDH no que diz respeito ao direito de acesso à informação, a fim de demonstrar como a construção jurisprudencial do artigo 13 da CADH estabelece conexões com os demais direitos previstos na Convenção Americana.

A relevância da pesquisa reside em apontar que o sistema legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) precisa preservar sua coerência ao buscar avançar o horizonte de compreensão na interpretação do artigo 13 da CADH ao longo das decisões. A CorteIDH deve respeitar as características do Direito como integridade, o que exige a obediência aos precedentes mediante a observância de elementos pertencentes a cada caso concreto.

Esse contexto requer que seja considerado que a interpretação construtiva preserve a isonomia e a segurança no tratamento das instituições jurídicas perante o jurisdicionado. A concepção de Direito como integridade de Ronald Dworkin (2007, p. 273) implica que deve existir coerência entre as decisões judiciais e os princípios de moralidade política, pois são utilizados como pressupostos e justificativas para as sentenças proferidas na tutela dos Direitos Humanos.

Para estabelecer a investigação do conteúdo do direito de acesso à informação para promover a tutela de outros direitos democráticos, examina-se como a proteção jurisdicional se manifesta para assegurar o direito à verdade e o acesso à justiça em situações em que ocorrem violações de direitos subjetivos praticados pelo Estado em desfavor do cidadão. Serão analisados os seguintes julgados: *Claude Reyes e outros Vs. Chile* (IDH, 2006), *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* (IDH, 2010), *González Medina e Familiares Vs. República Dominicana* (IDH, 2012), *Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname* (IDH, 2015), *I.V. Vs. Bolívia* (IDH, 2016) e *Herzog e outros Vs. Brasil* (IDH, 2018).

No percurso da análise do direito de acesso à informação, é visualizada a transformação do processo da comunicação na era digital. No entanto, nota-se a ausência de tratamento jurídico de tutela desse direito na CorteIDH, haja vista que o Tribunal não foi juridicamente provocado para deliberar sobre a matéria.

O escrito realizará a abordagem interdisciplinar do conhecimento ao expor reflexões oriundas dos Direito Humanos, Direito Internacional, Teoria do Direito e Teoria da Comunicação. A partir dessa concepção a respeito do assunto, o texto seguirá o método lógico-dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica de livros, artigos e jurisprudência da CorteIDH.

1 A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO ACESSO À INFORMAÇÃO EM CONJUNTO COM OS DEMAIS DIREITOS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA

De acordo com a teoria do Direito como integridade, a interpretação construtiva do direito de acesso à informação com outros direitos contemplados na Convenção Americana se propõe a

revelar uma narrativa das decisões judiciais da CorteIDH em torno da liberdade de expressão. Esta teoria busca, por conseguinte, não apenas uma coerência de estratégia entre a legislação e os precedentes, mas uma coerência de princípio (Zanon Júnior, 2019, p. 7). Não se trata de um mero ajuste mecânico entre as regras novas e as antigas, mas sim uma exigência de que todos esses padrões expressem uma visão única, coerente e abrangente de justiça, como se fossem estabelecidos por uma única comunidade personificada.

Existem, na verdade, dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que exige que os legisladores procurem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista também como coerente nesse sentido (Dworkin, 2007, p. 213).

O princípio jurídico de integridade afirma que os juízes devem identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Essa orientação é uma tese sobre os fundamentos do Direito (Dworkin, 2007, p. 272). Portanto, o Direito como integridade contém não apenas o conteúdo explícito limitado de nossas decisões do passado, mas também o sistema de princípios necessários à sua justificação (Dworkin, 2007, p. 273).

Nesse sentido, a partir do momento em que se adota a ideia do romance em cadeia, isto é, a ideia de que o direito é um todo unificado de sentido escrito pelas mãos de vários juízes, é possível distinguir duas dimensões a partir das quais se pode por à prova uma interpretação. A primeira é a da adequação. Deve adequar-se ao texto, não deixar sem explicação nenhum aspecto de sua estrutura. A segunda dimensão, a da justificação, exige que o intérprete identifique o princípio que vê o texto sob sua melhor luz e que pode exigir sua revisão, mas nunca a criação de um direito totalmente novo. Mesmo na etapa interpretativa, há um constante ajuste entre o texto e a concepção pública de justiça que o justifica por inteiro. Nunca há, portanto, total liberdade criativa e discricionária por parte do juiz (Streck; Motta, 2020, p. 8).

O Direito como integridade exige que a CorteIDH aplique nos novos casos que lhes são apresentados os mesmos princípios que serviram de justificativa para a legislação, como a Convenção Americana e os precedentes anteriores. Em cada decisão, o Tribunal avança na interpretação e no alcance da liberdade de expressão como um direito que deve ser resguardado em todas as suas formas e manifestações, a fim de garantir condições iguais de buscar, receber e divulgar informações e ideias livremente e por qualquer meio de comunicação.

De acordo com a teoria do Direito como integridade, requer-se a obediência ao precedente, pois deve-se considerar tanto os aspectos particulares do caso concreto quanto a justificativa que levou à formação da cadeia de precedentes. Proceder desta maneira é a única de garantir verdadeiramente a segurança do jurisdicionado em receber igual tratamento pelas instituições jurídicas.

A leitura das decisões da CorteIDH exerce papel primordial não apenas na formação não apenas *corpus juris* internacional, mas também na análise de suas concepções interpretativas em

torno da liberdade de expressão, o que se mostra essencial para a compreensão dos direitos vigentes no Sistema Interamericano (Boaventura; Mascarenhas, 2019, p. 255).

Avançando na questão, cabe destacar que a CorteIDH possui uma concepção da teoria do Direito como integridade, aplicada em sua jurisprudência, que aprofunda e expande na compreensão de direitos. Nesse cerne, a interpretação construtiva da CorteIDH apresenta características cruciais para o avanço das decisões do Tribunal, a saber, na leitura do artigo 13 da Convenção Americana, visando progredir na interpretação da liberdade de expressão em conjunto com outros direitos.

2 O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS CIVIS A PARTIR DAS DECISÕES DA CORTEIDH

A relevância de avaliar o direito ao acesso à informação reconhecido pela CorteIDH reside em verificar que os argumentos do Tribunal, relacionados a este direito, estão associados aos aspectos de proteção da direitos em âmbito individual e coletivo, na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a CorteIDH parte da concepção de que ter acesso aos dados é um elemento integrante da liberdade de expressão. Portanto, o Estado não pode, em nome da segurança nacional ou sob qualquer justificativa, violar os Direitos Humanos. O cidadão, assim como a sociedade, tem o direito de ter acesso à informação e à verdade.

Expressar livremente seu pensamento não se limita em manifestar suas ideias, mas também envolve o ato de buscar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole. Sendo assim, para que ocorra efetivamente o exercício da liberdade de expressão na democracia, é necessário que haja transparência nos dados transmitidos pelo Estado e respeito aos Direitos Humanos, ao Direito Constitucional e ao Direito Internacional.

A CorteIDH inova ao realizar a associação entre o direito de acesso à informação com relação à proteção do meio ambiente. Essa perspectiva da liberdade de expressão pode ser elucidada no Caso Claude Reyes e outros *Vs.* Chile, sentenciado em setembro de 2006, o qual se refere à negativa do Estado do Chile em fornecer informações acerca da empresa florestal *Trillium* e do Projeto Rio Condor, os quais poderiam ser prejudiciais ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável (IDH, 2006).

Assim, o Estado teria supostamente violado o direito de acesso à informação e não teria providenciado um recurso efetivo para questionar essa violação. A CorteIDH manifestou que o direito à liberdade de pensamento e expressão contempla a proteção do direito de acesso à informação sob o controle do Estado com repercussão na proteção do meio ambiente, o qual abarca tanto as dimensões individuais e sociais da liberdade de expressão (IDH, 2006, § 77).

Em outro momento, a CorteIDH reafirma no entendimento do direito de acesso à informação ou de receber uma resposta fundamentada com relação à contraposição a casos classificados

como segredo de Estado, que se baseiam em interesse público ou segurança nacional. É importante destacar que a CorteIDH amplia o conteúdo do artigo 13 da CADH ao abranger o direito à informação no momento em que também determinou que todas as pessoas, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de Direitos Humanos, têm o direito de conhecer a verdade. Por conseguinte, os familiares das vítimas e a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido com relação a essas violações (IDH, 2010, § 200).

O Tribunal também concebe que, em casos de violações de Direitos Humanos, as autoridades estatais não podem se amparar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, tampouco em razões de interesse público ou segurança nacional, para deixar de aportar a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou processos pendentes. Do mesmo modo, quando se trata da investigação de um fato punível, a decisão de qualificar como sigilosa a informação e de negar sua entrega jamais pode depender, exclusivamente, de um órgão estatal. Outrossim, tampouco pode ficar sujeita à sua discricionariedade a decisão final sobre a existência da documentação solicitada (IDH, 2010, § 202).

A CorteIDH corrobora esta concepção no Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) *Vs.* Brasil, julgado em novembro de 2010, que se refere às operações do Exército brasileiro na Guerrilha do Araguaia, onde houve violação de direitos mediante a detenção arbitrária, tortura, morte e desaparecimento forçado de 70 (setenta) pessoas, dentre as quais foram encontrados membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e camponeses (IDH, 2010).

Em 1979, o Estado emitiu uma Lei de Anistia. Por conta desta lei, até o momento, o Estado não investigou, perseguiu ou sancionou criminalmente os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos cometidas durante a ditadura militar contra as vítimas.

Ao apreciar o mérito da causa, a CorteIDH, com fundamento no artigo 13 da CADH, ampara o direito das pessoas de receber esta informação e a obrigação positiva do Estado de fornecê-la, de maneira que os indivíduos tenham acesso e conheçam essa informação ou recebem resposta fundamentada, quando o Estado for capaz de limitar o acesso a ela para o caso concreto¹ (IDH, 2010, § 197).

Posteriormente, a CorteIDH reitera o entendimento de violação do direito ao acesso à informação com relação ao caso de investigação criminal, onde a família solicita dados para o Estado, no entanto são negados. A CorteIDH expõe sua compreensão em torno do assunto em epígrafe no Caso González Medina e Familiares *Vs.* República Dominicana, que foi julgado em fevereiro de 2012 (IDH, 2012).

A decisão aborda o desaparecimento forçado do senhor Narciso González Medina, que foi um reconhecido crítico e opositor dos governos ditatoriais na República Dominicana. Ocorre que o Estado não realizou uma devida investigação dos fatos relatados ao crime, e a família deseja exer-

¹ Em sentido semelhante: Caso Claude Reyes e outros *Vs.* Chile. Sentença de mérito, reparações e custas, de 19 de setembro de 2006, par. 77 (IDH, 2006).

cer sua liberdade de expressão de ter acesso à verdade dos autos do processo e às provas do delito, mas o acesso foi negado pelo Estado, que acabou por extraviar a respectiva documentação.

A CorteIDH assinala que tanto a Comissão Interamericana como os representantes alegaram que o Estado violou o artigo 13 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares do senhor González Medina, por sua alegada falta de acesso a informações relativas à detenção e posterior desaparecimento. Na demanda, a Comissão baseou seus argumentos na suposta destruição e alteração dos registros de pessoas detidas em instalações oficiais, para as quais Narciso González Medina poderia ter sido transferido. Os representantes indicaram que a República Dominicana não forneceu à família da vítima uma cópia da investigação realizada pela Junta de Polícia, nem daquela realizada pela Junta Mista em uma base final, nem dos arquivos judiciais e da investigação reaberta pelo Ministério Público em 2007 (IDH, 2012, § 200).

Sendo assim, quanto à alegada violação do artigo 13 da Convenção, relativa ao acesso à informação, em prejuízo dos familiares do senhor González Medina, o Tribunal examinou os fatos alegados e os argumentos da Comissão e dos representantes de forma relevante e em conformidade com sua jurisdição temporal, para se pronunciar sobre a violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana.

Em outra ocasião, a CorteIDH correlaciona o direito ao acesso à informação na promoção da defesa dos povos indígenas, quando necessitam receber dados do Estado para reivindicar a demarcação e a titularização de territórios de seus povos. Nesse sentido, a CorteIDH considera que a não entrega da documentação contemplada nos registros públicos e a falta de justificativa pertinente para sua recusa põem os povos originários em posicionamento desfavorável perante terceiros que reivindicaram a posse de uma parte do terreno.

Por sua vez, a CorteIDH expõe a concretização de seu posicionamento na sentença do Caso Povos Kaliña e Lokono *Vs.* Suriname, emitida em novembro de 2015, que trata sobre o direito do respectivo povo indígena de pleitear petição para que ter acesso à titularidade de propriedade em Pierreikondre (IDH, 2015). A finalidade de ter acesso a esses dados é para delimitar, demarcar e titularizar o território a favor dos indígenas. No entanto, o Estado negou a apresentação da documentação requerida pelo povo, ao justificar que há necessidade de terem o reconhecimento de pessoa jurídica para que o pedido seja deferido.

A CorteIDH já estabeleceu que a falta de resposta por parte do Estado para fornecer informações é uma atitude discricionária e arbitrária do ente público, uma vez que gera incerteza jurídica quanto ao exercício do direito dos indígenas de terem acesso à informação. O atendimento à informação solicitada era importante para os povos Kalinã e Lokono, pois, em posse dos documentos, estariam munidos de dados claros para realizar a propositura judicial de suas reclamações ao direito interno do Estado do Suriname (IDH, 2015, § 262). Portanto, a negação injustificada de dados propicia a violação do direito de petição, acesso à informação e à justiça para os povos tradicionais.

Em ato contínuo, a CorteIDH articula nova construção jurisprudencial do direito ao acesso à informação em situação pertinente à relação médico-paciente, onde é dever do profissional da área da saúde buscar sempre informar, quando possível, a pessoa que se encontra sob seus cuidados, para que, assim, possa exercer sua autonomia de vontade e tomar decisões informadas sobre a sua saúde e sobre se submeter ou não a determinado procedimento médico.

A seu turno, no Caso I.V. *Vs. Bolívia*, sentenciado em 30 de novembro de 2016, é tratado o referido entendimento da CorteIDH com relação à sra. I.V., haja vista que ela estava grávida, na semana 38,5, e necessitou ir ao hospital público de La Paz em decorrência de uma ruptura nas membranas da placenta (IDH, 2016). A gravidez tornou-se de risco e o médico, funcionário público, optou por antecipar o parto. A paciente foi sedada para o procedimento médico e, quando acordou, a criança havia nascido com saúde, mas o médico realizou um procedimento de esterilização, designado como laqueadura, sem o prévio aviso e consentimento da sra. I.V.

A CorteIDH reconheceu que houve desrespeito ao artigo 13 da Convenção Americana, pois o direito de buscar, receber e transmitir informações e ideias de qualquer tipo visa proteger o direito ao acesso a dados, incluindo à saúde da pessoa. Assim, o médico não deve esperar que o paciente solicite a informação, pois é dever do profissional da saúde fornecer, de forma automática, os dados do interesse da pessoa que está sendo atendida. O objetivo é que o indivíduo possa exercer seu direito de escolha, ou autonomia da vontade, para tornar livremente sua decisão no momento de optar por qual procedimento médico deseja realizar (IDH, 2016, § 156).

A saúde sexual e reprodutiva é certamente uma expressão da saúde que tem implicações particulares para as mulheres devido à sua capacidade biológica para a gravidez e o parto. Está relacionada, por um lado, à autonomia e liberdade reprodutiva, no sentido do direito de tomar decisões autônomas sobre seu projeto de vida, seu corpo e sua saúde sexual e reprodutiva, livres de toda violência, coerção e discriminação. Por outro lado, refere-se ao acesso tanto aos serviços de saúde reprodutiva como à informação, educação e meios que lhes permitam exercer o seu direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos que desejam ter e o intervalo entre os partos. O Tribunal considerou que “a falta de salvaguardas legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um sério prejuízo da autonomia e liberdade reprodutiva” (IDH, 2016, § 157).

Em particular, deve-se notar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde reprodutiva significa que “mulheres e homens são livres para decidir quando desejam se reproduzir, e têm o direito de serem informados e com acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de sua escolha, bem como o direito de acesso aos serviços de saúde relevantes” (IDH, 2016, § 158).

Dessa forma, o Tribunal considera que os Estados devem garantir o acesso à informação, especialmente no que se refere à saúde sexual e reprodutiva, cuja negação tem frequentemente representado uma barreira ao pleno exercício deste direito e um impedimento para a tomada de decisões. Portanto, a Corte considera que, em matéria de saúde sexual e reprodutiva, a obrigação de trans-

parência ativa atribuível ao Estado implica o dever da área da saúde de fornecer informações que ajudem as pessoas a tomarem decisões livres e responsáveis, respeitando o próprio corpo, a saúde sexual e reprodutiva, que se relacionam com aspectos íntimos de sua personalidade, vida privada e familiar (IDH, 2016, § 158).

Sendo assim, a CorteIDH reconheceu que o Estado violou a liberdade da pessoa de ser informada com relação aos seus dados individuais, pois a entidade pública tem o dever legal de fornecer informações que auxiliem as pessoas a tomarem decisões livres e responsáveis sobre seu corpo e sua vida reprodutiva. Essa decisão considerou a estreita relação entre o exercício do direito à personalidade, à vida privada e ao planejamento familiar, garantindo que cada indivíduo possa perseguir seu projeto de vida digna.

Em suma, a CorteIDH desenvolveu, por meio de interpretação construtiva, como o direito de acesso à informação está relacionado com a proteção de outros Direitos Humanos previstos na Convenção Americana. O Tribunal ampliou a interpretação do artigo 13 da CADH ao associá-lo ao artigo 5 da CADH, que diz respeito à tutela da integridade física, psíquica e moral, bem como ao artigo 11 da CADH, que versa sobre a proteção da dignidade e honra, garantindo que a pessoa não sofra ingerências arbitrárias em sua vida privada. Por fim, estabeleceu-se a correlação da proteção do direito de escolha do planejamento familiar, previsto no artigo 17 da CADH, com a liberdade de expressão.

Em outro momento, a CorteIDH avança em sua jurisprudência ao manifestar a associação do direito de acesso à informação com o dever do Estado de prestar esclarecimentos sobre narrativas falsas apresentadas no passado (IDH, 2018, § 168), especialmente quando a violação de direitos envolver o crime de lesa-humanidade, configurando-se assim uma violação de norma do Direito Internacional de caráter *jus cogens*. Logo, o Estado tem a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que representam uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (IDH, 2018, § 219).

A CorteIDH expôs esse entendimento por meio do Caso Herzog e outros *Vs.* Brasil, sentenciado em 15 de março de 2018, que tratou sobre o assassinato do jornalista Vladimir Herzog. O comunicador foi convidado a comparecer “voluntariamente” para prestar declaração testemunhal no Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI). No mesmo dia do depoimento, no Comando do II Exército, foi divulgada publicamente a versão oficial dos fatos, alegando que o depoente havia cometido suicídio ao aplicar em si mesmo a técnica de enforcamento por meio de uma tira de pano.

Foi sustentado pela CorteIDH que o posicionamento do Estado de não fornecer informações para evitar “reabrir feridas” viola o direito à verdade (IDH, 2018, § 319). No presente caso, a CorteIDH observou que as alegações relativas à suposta violação do direito à verdade teriam duas vertentes principais: I) a alegada violação desse direito em razão da impunidade relacionada à deten-

ção, tortura e execução de Vladimir Herzog, bem como pela divulgação de uma versão falsa dos fatos; e II) a suposta falta de acesso aos arquivos do DOI-CODI/SP (IDH, 2018, § 329).

Dentre os novos direitos observados nesta categoria, está presente uma interpretação construtiva do art. 13 da CADH, a qual expõe como são afetados diversos direitos correlacionados à liberdade de expressão. Destaca-se o direito de acesso à informação relacionada à concretização da verdade e da justiça para a proteção ambiental na sentença *Claude Reyes e outros Vs. Chile* (IDH, 2006). A CorteIDH amplia o entendimento sobre o acesso à verdade quando há o envolvimento de transgressão de norma cogente na decisão *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* (IDH, 2010). Cabe acesso à informação com relação à investigação criminal, de acordo com a decisão *González Medina e Familiares Vs. República Dominicana* (IDH, 2012).

A proteção do direito que toda pessoa possui de solicitar acesso à informação ao Estado a fim de buscar demarcação e titularização de territórios é evidenciada no julgado *Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname* (IDH, 2015). A CorteIDH avança no entendimento sobre o direito à verdade e o acesso à justiça, exigindo do Estado a apresentação de fatos não manipulados da realidade, a partir da leitura do julgado *Herzog e outros Vs. Brasil* (IDH, 2018). Por fim, destaca-se a obrigação do profissional da saúde de prestar informações ao paciente sobre o risco de procedimento médico, salvaguardando a integridade física, psíquica e moral, de modo a garantir que a pessoa possa exercer sua autonomia da vontade no direito ao planejamento familiar, por meio da análise da sentença *I.V. Vs. Bolívia* (IDH, 2016).

3 A TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO DA COMUNICAÇÃO NA ERA DIGITAL E A AUSÊNCIA DE TRATAMENTO JURÍDICO AO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA CORTEIDH

Alexis de Tocqueville (2014, p. 140) e Habermas (2003, p. 158) evidenciam que os meios de comunicação, desde a sua origem, estão associados à democracia, pois a livre circulação da informação é o alicerce de reivindicação de outros direitos no espaço público. Em outras palavras, sem a liberdade de ser informado, não é possível requerer a proteção da cidadania, que se expande de modo correlacionado no processo de efetivação de caráter dos múltiplos Direitos Humanos.

Observa-se que a construção jurisprudencial acerca da liberdade de expressão adotada pela CorteIDH, sob a égide da visão construtivista de interpretação, pode se mostrar como um fator favorável na proteção de novos direitos. Dentre as decisões analisadas, observou-se um vasto desenvolvimento da interpretação, a fim de ampliar a compreensão do direito de acesso à informação previsto no artigo 13 da CADH em relação à tutela de diversos direitos dispostos nos artigos 5, 11 e 17 da Convenção Americana.

O ponto de relevância para analisar a relação entre os canais informativos e o livre acesso à informação pelos indivíduos reside em compreender a correlação da discussão sobre a comunica-

ção de massa dentro do processo de circulação de notícias no espaço público. A mídia desempenha um papel democrático ao criticar o governo quando há interesse público envolvido, pois é de responsabilidade da imprensa informar as pessoas sobre fatos ou acontecimentos que o Estado visa ocultar. A visibilidade proporcionada pelos meios de comunicação é um instrumento crucial para a defesa da cidadania.

Para avaliar essa característica da imprensa, é necessário observar que houve mudança na sua estrutura ao longo do tempo devido ao avanço da tecnologia. Anteriormente, a interação mediada pelos meios de comunicação de massa era unidirecional, por compreender que “o processo comunicativo é fundamentalmente assimétrico, ainda que não completamente monológico entre o produtor da notícia e o receptor da informação que a recebe de modo passivo e acrítico” (Thompson, 1998, p. 31).

Na atualidade, a comunicação de massa está perdendo parte de sua hegemonia, pois os públicos receptores têm acesso a uma ampla gama de ferramentas tecnológicas que lhes permitem exercer sua influência e manifestar-se em um grau maior, além de utilizá-las para suprir suas próprias necessidades de informação, comunicação e interação social. Dessa forma, a mídia passa por uma reestruturação de suas práticas, uma vez que a sociedade está caracterizada pela interatividade e da multimídia, permitindo que a comunicação ocorra de todos para todos.

Embora as transformações sejam bastantes visíveis, é interessante apontar para o fato de que a midiática é um conceito ainda em formação e pouco problematizado no campo da comunicação. Ao mesmo tempo em que a tecnologia se insere em toda a sociedade, a midiática é também um processo resultante da própria complexificação dos processos midiáticos.

É importante observar como a CorteIDH relaciona o direito de acesso à informação em diversos segmentos da vida social como uma necessidade de proteção ao amplo gozo da cidadania. A articulação da liberdade de expressão com a tutela de outros direitos está de acordo com a realidade de fluxo comunicacional na era da midiática.

É interessante assinalar que todo esse desenvolvimento nas formas de comunicação transforma profundamente a vida dos indivíduos, desde o ambiente de trabalho até o momento de lazer e sociabilidade. Assim, pode-se dizer que na sociedade midiática: “ocorre a disseminação de novos protocolos técnicos em toda sua extensão da organização social, e de intensificação de processos que vão transformando tecnologias em meios de produção, circulação e recepção de notícias. Já não se trata mais de reconhecer a centralidade da organização de processos interacionais entre os campos sociais, mas de constatar que a constituição e o funcionamento da sociedade estão atravessados e permeados por pressupostos e lógicas do que se denominaria a ‘cultura da mídia’” (Fausto Neto, 2008, p. 92).

Com efeito, a produção de sentido se realizava no interior de uma atividade assimétrica entre produtores e receptores de discursos dentro do processo da comunicação, que passou por posterior alteração por meio do avanço tecnológico. Os meios de comunicação de massa foram obrigados a

reformular suas estruturas na tentativa de consolidar sua importância e garantir seu espaço (Mattos; Mendes; Salgado, 2021, p. 5). Essa “nova forma de vida”, onde as relações humanas são pautadas pela experiência midiática, que ocasionou o nascimento da “sociedade midiaticizada”.

Surge, então, uma nova vida tecno-social, fruto de um novo ambiente. Essa configuração demanda até mesmo novas formas de “perceber, pensar e contabilizar o real”. Nesse contexto, as novas tecnologias permitem uma comunicação em tempo real – instantânea, simultânea e global – e ainda possibilitam a criação de ambientes virtuais, tornando acessíveis outros mundos e outras formas de visibilidade (Sodré, 2002, p. 16). Assim, a sociedade contemporânea se rege pela midiaticização, “pela tendência à ‘virtualização’ ou tele realização das relações humanas, presente na articulação do múltiplo funcionamento institucional e de determinadas pautas individuais de conduta com as tecnologias da comunicação” (Sodré, 2002, p. 21).

A era digital é marcada pela fluidez comunicacional da *internet* e das redes sociais, que permitem a democratização da palavra, do acesso à informação e do pluralismo observado no mundo digital e nas redes sociais. Ela possui a capacidade de associar ações que tornem possível a liberdade de expressão e a constituição de uma democracia robusta, permitindo buscar, receber e divulgar informações, ideias e opiniões críticas (Puddephatt, 2016, p. 20).

De fato, a velocidade da informação é intensa e as notícias viralizam rapidamente mediante o compartilhamento em massa do conteúdo transmitido. No entanto, uma informação falsa também pode se espalhar e acabar por ocasionar distorções no debate público e em violações dos direitos subjetivos do cidadão.

Diante desse cenário, é importante mencionar que a CorteIDH não aborda em sua jurisprudência o direito ao acesso à informação no contexto da era digital ou da *internet*, uma vez que não há tratamento jurídico específico em relação ao fenômeno das *fake News*, que se assemelham ao conceito de falácia, principalmente quando se trata de notícias sensacionalistas, pois são “mentiras com cara de verdade” (Godoy; Neves; Colnago, 2022, p. 12-13). Este é um desafio para as democracias contemporâneas, e, por isso, os sistemas legais necessitam regulamentar o fluxo comunicacional no espaço público.

De fato, Tocqueville (2014, p. 136) e Habermas (2003, p. 163) partem da compreensão de que os canais de comunicação são recursos que fornecem meios para reivindicações de direitos e visibilidade para variados grupos sociais, nos quais os numerosos pontos de vista exigem a responsabilização da mídia, a fim de garantir a veracidade da circulação das notícias no espaço público. No entanto, a ausência de regulamentação dos canais de informação no sistema legal brasileiro faz com que não ocorra a devida verificação dos dados para garantir a autenticidade das notícias divulgadas por fontes não confiáveis, as quais se comprometem com narrativas fictícias para legitimar pontos de vista ideológicos.

Nesse ínterim, Tocqueville (2014, p. 146) concebia a diversidade responsável da informação ao ter o compromisso mínimo com a verdade. Por outro lado, Habermas (2003, p. 115) aborda

a formação de um ponto de vista crítico na esfera pública, ampliando a proteção aos grupos vulneráveis², mas desprovido de caráter ideológico. Por exemplo, como é possível resolver o problema do aquecimento global se há circulação de informações de fontes midiáticas suspeitas que convencem que o referido problema ambiental nem sequer existe? As pessoas não acreditam mais nos mesmos fatos. E não apenas sobre o presente, mas também sobre o passado, questionam-se se houve, por exemplo, o holocausto, se o ser humano pousou na lua ou se a Terra gira ao redor do sol. A falta de normatização jurídica para responsabilização ulterior para organizar estruturalmente o espaço público fragiliza a democracia, provocando não só ausência de previsibilidade jurídica, mas também política, social e econômica.

O que está em disputa é a própria realidade dos fatos mais básicos, e o indivíduo não renuncia àquilo que é verdadeiro. No entanto, diante de fatos distorcidos e transmitidos por fontes não oficiais, é induzido a acreditar no que parece ser verídico dentro do horizonte ideológico que já adota como verdadeiro. Assim, surgem realidades moldadas por narrativas fictícias e heterogêneas.

Em relação ao problema de disseminação de *fake news* ou notícias inverídicas por fontes de comunicação não confiáveis, é importante considerar que esses fatos serão confrontados com notícias verídicas da realidade, provenientes de fontes midiáticas oficiais. Outrossim, é necessário reconhecer que os fatos não podem ser negados muito tempo. Por exemplo, embora haja pessoas que atualmente não acreditem no aquecimento global, é possível que, em algum momento, as cidades sejam inundadas devido a este fenômeno. Quando esses eventos ocorrem, não será mais possível negar os danos ambientais. No entanto, pode ser tarde demais para reverter o impacto ambiental caso as catástrofes ocorram.

É interessante assinalar que todo esse desenvolvimento nas formas de comunicação transforma profundamente a vida dos indivíduos, afetando desde o ambiente de trabalho até os momentos de lazer e sociabilidade. Assim, pode-se afirmar que na sociedade midiaticizada: “ocorre a disseminação de novos protocolos técnicos em toda sua extensão da organização social, e de intensificação de processos que vão transformando tecnologias em meios de produção, circulação e recepção de notícias” (Fausto Neto, 2008, p. 92).

Em resumo, os novos desafios da democracia brasileira estão relacionados ao avanço da *internet* na era digital, visto que o conceito clássico de jornalista se transforma, ao permitir que o leitor da informação participe do processo comunicacional como parte integrante da produção da

2 Para Habermas (2012, p. 706), a esfera pública também é composta pelos movimentos sociais formados por meio da transição da chamada “velha política”, centrada em problemas que ferem a produção e reprodução da vida material, economia e suas implicações sociais para a “nova política”, cujas discussões, preferencialmente, remetem-se aos temas relativos ao mundo da vida, baseado nos “problemas da qualidade de vida, dos direitos iguais, da autorrealização individual, da participação e dos Direitos Humanos”, influenciando mais profundamente certos setores da sociedade, como a “nova classe média”, os jovens e os “grupos de formação escolar qualificada”. Essa nova política, ao descolar-se das lutas econômicas, observa Habermas, transforma-se em palco de uma infinidade de lutas particulares, já que seus objetivos contemplam não a totalidade, mas setores particulares da sociedade – de movimentos que reivindicam a emancipação do gênero, como o movimento feminista, até aqueles preocupados com questões ecológicas; desde movimentos que defendem a livre escolha em relação à orientação sexual, até os movimentos em defesa da fé cristã; dos movimentos em defesa dos idosos e das crianças, até os que defendem os direitos do consumidor e assim por diante (Assencio, 2014, p. 147).

informação. Diante desse cenário, surge o problema das *fake news*, que se baseia em 3 (três) pilares dentro do fenômeno da midiatização: a disseminação proposital de notícias falsas com a finalidade de provocar desinformação e a fonte anônima das notícias.

CONCLUSÃO

Para analisar o Sistema Interamericano de Direito Humanos, é necessário considerar que a integridade política requer que os governos atuem com respeito a um conjunto de princípios, os quais estão previstos na Convenção Americana, a fim de compor uma comunidade comprometida com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O argumento mais importante em favor da integridade reside na ligação que estabelece entre a argumentação legal e a ideia de uma comunidade política genuína.

É possível que o direito incorpore conteúdo moral, pois a integridade permite a união entre passado e presente e introduz a ideia fraternal de que todos os membros da comunidade devem ser tratados como iguais na proteção dos diversos direitos que estão mutualmente conectados.

As decisões sobre acesso à informação proferidas pela CorteIDH avançam no seu desenvolvimento ao conectá-lo com os demais Direitos da Convenção Americana, visando a proteção dos direitos civis tanto no aspecto individual quanto coletivo. Isso parte da consideração de que, para alcançar a igualdade no espaço público, é necessário que haja simetria de dados entre os jurisdicionados.

Nesse sentido, a CorteIDH estabeleceu a conexão do direito à informação em diversos julgados, como o caso *Claude Reyes e outros Vs. Chile* (IDH, 2006), que assinala a proteção do meio ambiente por meio da fiscalização da empresa florestal Trillium, a fim de averiguar se suas atividades mercantis estão respeitando a lógica do desenvolvimento sustentável; no caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* (IDH, 2010), que aborda o acesso à verdade em casos classificados como segredo de Estado; a decisão *González Medina e Familiares Vs. República Dominicana* (IDH, 2012), que trata do direito ao acesso à informação na investigação criminal; a sentença dos Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname (IDH, 2015), que consagra a proteção dos povos indígenas para reivindicar a demarcação e a titularização de territórios; o julgamento *I.V. Vs. Bolívia* (IDH, 2016), que indica a obrigação do profissional da saúde de prestar informações ao paciente sobre o risco de procedimentos médicos; e o caso *Herzog e outros Vs. Brasil* (IDH, 2018), que identifica o acesso à justiça para que o Estado preste esclarecimentos sobre narrativas falsas apresentadas no passado.

No entanto, é importante que a CorteIDH continue a progredir na interpretação construtivista do Direito para que também conecte o direito de acesso à informação transparente no espaço digital, a fim de combater o perturbador problema das *fake news* nas democracias. De fato, a intensificação dos meios de comunicação nas relações sociais está associada à importância da livre circulação de informações confiáveis para o desenvolvimento da democracia. Isso propicia impactos nos processos de interação social, na construção da verdade e no acesso à justiça na esfera pública.

É importante destacar que, com o advento da era digital, as práticas de interação social se transformaram devido à ruptura com o modelo tradicional de comunicação. Nesse modelo antigo, os veículos de notícias como jornal, rádio e televisão dominavam como principais transmissores de dados, relegando as pessoas o papel de mero receptor dessas informações.

Atualmente, as pessoas podem interagir de forma ativa por meio da utilização de ferramentas tecnológicas para transmitir e deliberar sobre as notícias. Assim, a mídia enfrenta uma reestruturação de suas práticas, já que é vivenciada a era de uma sociedade midiaticizada, marcada pela característica da interatividade e da multimídia, onde a comunicação ocorre de todos para todos. Portanto, com a descentralização da fonte da notícia, surge o problema da circulação intencional de notícias falsas, destinadas a causar desinformação e fomentadas por fontes anônimas.

Nesse contexto, é importante observar que o problema da produção de *fake news* é um desafio para a construção jurisprudencial da CorteIDH, que visa tutelar o direito de acesso à informação em diversos segmentos da vida social para assegurar o amplo gozo das liberdades civis. Isso ocorre pois a articulação desse direito de modo transparente relaciona-se à tutela de outros direitos acolhidos na Convenção Americana. No entanto, observa-se que a CorteIDH ainda não foi juridicamente demandada para se posicionar no que diz respeito à circulação da informação na era da aldeia global da *internet*.

Esse déficit normativo expõe as sociedades democráticas a riscos crescentes de manipulação e erosão da esfera pública, já que a verdade, a transparência e a justiça são pilares fundamentais nas democracias contemporâneas.

No sistema jurídico, devem ser desenvolvidas e implementadas regulamentações robustas que não apenas combatam a desinformação, mas também fortaleçam o direito de acesso à informação confiável e verificada. Essas normatizações devem ser cuidadosamente calibradas para evitar qualquer forma de censura, a fim de equilibrar a liberdade de expressão com a necessidade de proteger a integridade e a veracidade das notícias veiculadas.

REFERÊNCIAS

ASENCIO, Sandro. A análise habermasiana dos conflitos sociais: novos potenciais de protesto e apaziguamento da luta de classes?. *Juris*, Rio Grande, v. 22, n. 26, p. 135-152, out. 2014. DOI: <https://doi.org/10.14295/juris.v22i26.6277>.

BOAVENTURA, Igor Davi da Silva; MASCARENHAS, Diego Fonseca. O desenvolvimento jurisprudencial da corte interamericana de direitos humanos na proteção da criança por meio de uma hermenêutica extensiva. In: WAGNER, Menezes. (org.). **Direito internacional em expansão: direito internacional e direito comparado**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2019. v. 17, p. 253-265.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAUSTO NETO, Antonio. Fragmentos de uma “analítica” da mediatização. **Matrizes**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 89-105, abr. 2008. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v1i2p89-105>.

GODOY, Sandro Marcos; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; COLNAGO, Beatriz Fiorentino. A internet e a disseminação de falácias: uma perspectiva jurídica das fake news. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 10-27, dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2022v17n03p10>.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 19 de setembro de 2006**: caso Claude Reyes e outros *Vs.* Chile. San José: IDH, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 24 de novembro de 2010**: caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) *Vs.* Brasil. San José: IDH, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 27 de fevereiro de 2012**: caso González Medina e Familiares *Vs.* República Dominicana. San José: IDH, 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 25 de novembro de 2015**: caso Pueblos Kallina e Lokono *Vs.* Suriname. San José: IDH, 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 30 de novembro de 2016**: caso I.V. *Vs.* Bolívia. San José: IDH, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, de 15 de março de 2018**: caso Herzog e outros *Vs.* Brasil. San José: IDH, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

MATTOS, Maria Ângela; MENDES, Conrado Moreira; SALGADO, Tiago Barcelos. Interações mediatizadas: aproximações entre mediatização e regimes de interação e sentido. **Galáxia**, São Paulo, n. 46, p. 1-18, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-2553202147917>.

PUDDEPHATT, Andrew. Liberdade de expressão e internet. **Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información**, Montevideo, v. 6, p. 1-33, 2016. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246670_por. Acesso em: 20 out. 2020.

SODRÉ, Muniz. **Antropológica do espelho**: uma teoria comunicação linear e em rede. Petrópolis: Vozes, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Pensar**, Fortaleza, v. 5, n. 4, p. 1-12, dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.11284>.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: sentimento e opiniões: de um profuso de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: uma análise das convergências na literatura. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 4, p. 1-11, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.8879>.

CONVÊNIO ICMS 100/97: ESTIMATIVA DE PERDA DE ARRECADAÇÃO EM 2017

ICMS AGREEMENT 100/97: ESTIMATED DROP IN TAX REVENUES IN 2017

Bruno Pinto Coratto*

Luciana Turatti**

*Doutorando e Mestre em Ambiente e Desenvolvimento, integrante do Grupo de Pesquisa em Justiça Ambiental ASAS: Alimentos, Saberes e Sustentabilidade e advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7903-5799>.

**Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha (2019). Possui doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2014), mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2003) e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2001). Atualmente é professora adjunta da Universidade do Vale do Taquari - Univates, onde ministra as disciplinas de Direito Constitucional e Direito Ambiental, no curso de Direito. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento - PPGAD e do Programa de Pós-Graduação em Sistemas Ambientais Sustentáveis - PPGSAS, ambos da UNIVATES. Professora colaboradora do Mestrado Profissional em Rede Nacional em Gestão e regulação de recursos hídricos - ProfÁgua da UFRGS. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Justiça Ambiental ASAS: Alimentos, Saberes e Sustentabilidade (CNPq) e pesquisadora do grupo de pesquisas Práticas Ambientais, Comunicação, Educação e Cidadania (CNPq). Tem experiência na área de Políticas Públicas Ambientais atuando principalmente nos seguintes temas: cidadania, recursos hídricos, governança, meio ambiente, resíduos, agroecologia, saberes locais, descolonização dos saberes e responsabilidade ambiental. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6684-1422>.

Resumo: O ICMS é um dos principais meios de arrecadação financeira dos Estados e do Distrito Federal. Em um cenário crescente de crises financeiras entre os entes federativos, o ICMS adquire relevância como espécie tributária responsável por mais da metade da arrecadação total destes entes. Neste contexto, os benefícios fiscais concedidos através de isenções e de reduções da base de cálculo do imposto são cada vez mais questionáveis. A indústria de agrotóxicos é beneficiada por isenções fiscais que se prolongam no tempo e fomentam o uso de produtos que representem risco à saúde humana e ao meio ambiente, caracterizando importante perda de arrecadação. Este artigo se propôs a realizar uma análise dos mecanismos que concedem benefícios fiscais a agrotóxicos através do ICMS e a quantificar a perda de arrecadação decorrente destas concessões. Para tanto, foram considerados os valores gastos na compra de pesticidas em 2017 em todo o Brasil de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Com base nestas informações foi possível estimar a perda de cerca de R\$ 5,304 bilhões em 2017, o que demonstra o forte impacto econômico causado nas contas públicas e recomenda a revisão destas concessões.

Palavras-chave: tributação; isenções fiscais; agrotóxicos; extrafiscalidade.

Abstract: ICMS is one of the main sources of tax revenue for Brazilian States and the Federal District. Amid a growing scenario of financial crises among federative entities, ICMS gains relevance as a type of tax responsible for more than half of these entities' total tax collection. In this context, tax benefits granted through exemptions and reductions in the tax base are increasingly questionable. The agrochemical industry benefits from long-term tax exemptions that promote the use of products that pose risks to human health and the environment, leading to a significant drop in tax revenues. This article aims to analyze the mechanisms that grant tax benefits to agrochemicals through ICMS and to quantify the drop in tax revenues resulting from these concessions. To this end, the amounts spent on pesticide purchases in 2017 across Brazil were considered according to data from the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). Based on this information, it was possible to estimate a drop of approximately R\$ 5.304 billion in tax revenues in 2017, demonstrating the strong economic impact on public finances and recommending a review of these concessions.

Keywords: taxation; tax exemptions; pesticides; extrafiscality.

INTRODUÇÃO

A competência tributária dos Estados e do Distrito Federal para instituir impostos está prevista no art. 155 da Constituição Federal de 1988 e conta com a possibilidade da criação de impostos sobre transmissão de bens e direitos *causa mortis* (ITCMD), sobre operações de circulação de mercadorias e de prestação de serviços de transporte e de comunicação (ICMS), e, sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA). Dentre todos estes impostos aquele que mais afeta as contas públicas, em razão da diversidade de fatos geradores aplicáveis à espécie e praticados diariamente pela população e do enorme potencial arrecadatório que este tributo possui, é o ICMS.

Apesar de representar cerca de 70% da arrecadação de impostos, taxas e contribuições de melhoria de competência dos Estados e do Distrito Federal (Brasil, 2018a), a concessão de benefícios fiscais a determinados setores da indústria com base em renúncia de receita do ICMS, pode gerar uma perda significativa de arrecadação. Mesmo que a legislação preveja mecanismos de concessão de incentivos fiscais de ICMS, como a seletividade de suas alíquotas em razão da essencialidade dos produtos e serviços tributados, muitas vezes se verifica a criação destes benefícios sem que haja a necessária essencialidade do bem tributado, como ocorre no caso de operações com produtos agrotóxicos.

Com um volume total de comercialização de 539.994,95 toneladas de princípios ativos em 2017 (Ibama, 2019), o mercado brasileiro de agrotóxicos mostra-se uma promissora fonte de arrecadação através da tributação por ICMS, considerando o aumento expressivo no volume de operações ano a ano. Entretanto, através da elaboração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal, são concedidos benefícios fiscais que vão desde a redução das bases de cálculo do imposto em operações interestaduais até sua isenção total em operações internas, situação que caracteriza renúncia de receita pelos entes federativos e que, desta forma, frustra a expectativa de arrecadação sobre esta importante parcela de operações comerciais internas.

Nesse contexto, este estudo investiga o impacto econômico das isenções de ICMS concedidas às operações com produtos agrotóxicos nos orçamentos dos Estados e do Distrito Federal em 2017, apontando para o potencial arrecadatório do mercado interno de agrotóxicos, bem como discute os aspectos destas isenções diante das premissas constitucionais de proteção ambiental e à saúde, o que representa a principal contribuição deste artigo. Para tanto, foram analisados quais tipos de benefícios fiscais são concedidos por cada um dos entes federativos, com sua respectiva fonte legislativa e o volume de operações internas (entendidos como o valor gasto em compra, venda e transporte de produtos) relacionadas a pesticidas/agrotóxicos, a fim de se estimar qual foi a perda de arrecadação tributária decorrente dos benefícios fiscais de ICMS no ano de 2017.

Para analisar a questão posta, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental nas legislações dos 26 Estados e do Distrito Federal, a fim de estabelecer inicialmente: (i) as alíquotas de ICMS aplicadas em operações internas envolvendo agrotóxicos; (ii) o tipo de benefício concedido; e (iii) a norma estadual que concede o benefício. Em seguida, utilizando dados do Censo Agrop-

cuário 2017, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), foram coletadas informações sobre as despesas efetuadas com a aquisição de agrotóxicos por estabelecimentos agropecuários em 2017, divididas por unidade da federação e inseridas em uma tabela para melhor compreensão do cenário de estudo. Com estes dados, foi possível definir as alíquotas aplicáveis às operações internas em cada um dos Estados e do Distrito Federal, as bases de cálculo do imposto e o tipo de benefício fiscal concedido, viabilizando estimar a perda de arrecadação em razão da concessão dos benefícios em 2017.

Para os casos de isenção do imposto, o valor da alíquota interna encontrado na primeira fase do cálculo foi aplicado diretamente sobre o montante gasto com a aquisição de agrotóxicos, o resultado foi considerado como perda de arrecadação do ente federativo no período. Já nos casos de redução da base de cálculo, inicialmente foi realizada a estimativa do valor efetivamente recolhido a título de ICMS - com a base de cálculo reduzida -, para então confrontar tal quantia com o valor que seria recolhido com a utilização da integralidade da base de cálculo. O resultado da subtração dos valores foi considerado como perda de arrecadação do ente federativo no período.

O impacto econômico dos benefícios de ICMS foi verificado utilizando-se como parâmetro econômico o resultado primário de 2017 de cada um dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que a arrecadação de ICMS é um tipo de receita corrente e, portanto, é integrada ao conceito de receita primária, além de o resultado primário proporcionar uma melhor visão da situação financeira relacionada à natureza operacional do ente público, pois não considera juros e correção da dívida pública (Brasil, 2017). Deste modo, as perdas de arrecadação decorrentes dos benefícios fiscais de ICMS foram relacionadas com os resultados primários das contas públicas de cada unidade da federação a fim de evidenciar os impactos econômicos da política de desoneração dirigida ao comércio de agrotóxicos.

Finalmente, com o intuito de contextualizar a situação objeto de estudo e trazê-la para uma perspectiva atual, a perda na arrecadação total em 2017 foi atualizada para valores de 2020 pela inflação, com correção pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo IBGE e adotado pelo Banco Central do Brasil para medir a taxa básica de juros - Selic. A relevância da atualização dos valores é verificada por tratar-se de quantias de grandeza considerável, uma vez que as rubricas utilizadas ultrapassam o patamar dos milhões de reais. O termo inicial para o cálculo da correção foi janeiro de 2018, tendo em vista que os dados utilizados se referem ao período de janeiro a dezembro de 2017; e o termo final para o cômputo da correção foi setembro de 2020, tendo em vista as limitações relacionadas à apuração dos índices de IPCA mês a mês.

Esses resultados demonstram não só o descontrole no que se refere às desonerações fiscais levadas a efeito em detrimento do meio ambiente e da saúde humana, mas também um descompasso absoluto do Estado na utilização de sua competência tributária para a consolidação do princípio da sustentabilidade e, como via de consequência, da manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

1 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ICMS

O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) está previsto no art. 155, II, da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), que atribuiu competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir este imposto. Incidente nas diversas etapas dos processos de produção de bens e de prestação de serviços, o ICMS incide sobre o consumo da população e não sobre o patrimônio ou a renda e, por isto, é considerado um imposto indireto. Além disto, a Constituição Federal (Brasil, 1988) previu diversas características desta espécie tributária, das quais ressaltaremos sua não-cumulatividade e sua seletividade, que serão abordadas oportunamente.

A regra matriz de incidência do imposto, descrita pelo art. 155, II da CF (Brasil, 1988), elenca como hipóteses de incidência¹ do ICMS (i) a circulação jurídica de mercadorias, que demanda a mudança de titularidade do bem; (ii) a prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual; e (iii) a prestação de serviços de comunicação. A Lei Complementar nº 87/1996, conhecida como Lei Kandir, dispôs sobre o ICMS, especificando as hipóteses de incidência, os casos de não incidência do imposto, as isenções, a sujeição ativa e passiva, a ocorrência dos fatos geradores, as bases de cálculo etc (Brasil, 1996).

Apesar de ser construído sobre um aparente número reduzido de hipóteses de incidência, o ICMS possui inúmeros fatos geradores, especialmente porque a circulação de mercadorias é hipótese que se materializa em incontáveis operações realizadas no dia a dia dos consumidores. É neste contexto que se constitui a relevância deste imposto enquanto fonte de financiamento das atividades dos Estados e do Distrito Federal. De acordo com dados do Tesouro Nacional (Brasil, 2018a) a soma da arrecadação de ICMS dos 26 Estados e do Distrito Federal em 2017 ultrapassou a rubrica de R\$ 600 bilhões, o que representa cerca de 70% da arrecadação anual de tributos de competência destes entes federativos.

No caso da produção e comercialização de agrotóxicos as hipóteses de incidência mais relevantes são a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal. Os fatos geradores do ICMS podem ocorrer em toda a cadeia de produção e comercialização de pesticidas, desde a aquisição de insumos pela indústria - princípios ativos químicos, produtos internacionais, componentes de embalagens etc. -, até a efetiva entrega ao consumidor final, realizada por meio de serviços de transporte de cargas e frete. A base de cálculo do imposto poderá ser, em síntese, o valor da operação, nos casos de circulação de mercadoria, ou o preço do serviço, quando se trata do transporte intermunicipal ou interestadual dos produtos, havendo o acréscimo de outros encargos e despesas, inclusive decorrentes do pagamento de outros tributos em alguns casos específicos.

¹ Para fins de distinção nos referimos à hipótese de incidência como o evento hipotético descrito em abstrato pela norma tributária. O fato gerador, por seu turno, se refere a materialização da hipótese de incidência no mundo fático, qual seja, a operação tributada quando se concretiza.

As alíquotas do imposto, entendidas como o percentual aplicado sobre a base de cálculo para se apurar o valor devido ao fisco, podem ser gerais, quando sua aplicação é prevista para casos inespecíficos, não indicados na legislação; ou específicas, quando há indicação de aplicação para determinado fato gerador, e variam a depender do Estado e do fato gerador do imposto. No Rio Grande do Sul, por exemplo, as alíquotas internas de ICMS variam de 12% a 30% nos casos de operações com mercadorias e de prestação de serviços, conforme artigos 27 e 28 do Decreto nº 37.699/97 (Rio Grande do Sul, 1997).

Os agrotóxicos são descritos nas legislações estaduais, em geral, de acordo com sua finalidade e aparecem como inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, parasiticidas, germicidas, acaricidas, nematicidas, raticidas, desfolhantes, dessecantes etc., não havendo previsão de alíquota específica para operações com estes produtos, motivo pelo qual aplicaremos as alíquotas gerais previstas por cada um dos Estados e pelo Distrito Federal neste estudo.

A não-cumulatividade do ICMS visa impedir o que se conhece comumente como incidência em cascata do imposto, ou seja, o valor pago pelo contribuinte nas operações anteriores será compensado com o montante devido nas operações posteriores, mesmo que haja alteração na sujeição ativa entre as etapas da cadeia de incidência do imposto. Na prática, a não cumulatividade impede que as alíquotas do imposto aplicadas em cada uma das operações sejam somadas, o que criaria um efeito cascata, encarecendo demasiadamente as operações, tanto ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária (contribuinte de direito), como ao consumidor final do produto ou serviço (contribuinte de fato).

Já a seletividade² diz respeito à possibilidade de alteração das alíquotas do imposto - para mais ou para menos - em razão da essencialidade da mercadoria ou serviço tributado. A seletividade é, portanto, uma importante forma de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana através da tributação, tendo em vista que possibilita que produtos e serviços essenciais, voltados à satisfação da necessidade básica da população, experimentem menor carga tributária do que aqueles considerados supérfluos. A maior dificuldade em instrumentalizar a seletividade concerne ao conceito de produto ou serviço essencial, tendo em vista que a lei é omissa em relação a este ponto, e permite, conseqüentemente, diferentes interpretações o que gera, em última análise, distorções na aplicação da seletividade do ICMS, criando um tipo de “seletividade às avessas”, que privilegia produtos não essenciais como é o caso dos agrotóxicos, que podem ser nocivos ao meio ambiente e à saúde da população em geral (Buffon, 2019).

Entretanto, mesmo nos casos em que há um consenso a respeito da essencialidade do bem tributado é possível verificar a aplicação facultativa da seletividade em matéria de ICMS. Um

2 Não há consenso doutrinário a respeito da obrigatoriedade de observância da seletividade pelos Estados na instituição de ICMS, tendo em vista que o art. 155, § 2º, III, CF/88 refere que o imposto “poderá ser seletivo”, disposição da qual se extrai o entendimento de que a seletividade é uma faculdade e não um dever. No entanto, parece mais adequado o entendimento de que a seletividade, enquanto dimensão da capacidade contributiva, não pode encontrar restrição na interpretação literal dos dispositivos constitucionais, tendo em vista que sua mitigação contraria o próprio conceito de Estado Democrático (Buffon; Matos, 2015).

exemplo claro desta situação pode ser verificado pela observação das alíquotas aplicáveis em casos envolvendo o consumo de energia elétrica no Rio Grande do Sul. Apesar de ser hipótese de essencialidade do bem tributado, reconhecida pelo art. 10, I da Lei nº 7.783/89, a alíquota aplicada ao fornecimento de energia elétrica residencial acima de 50 kW/mês é de 30%, muito mais elevada do que a tributação sobre cervejas e refrigerantes, casos em que as alíquotas são de 22% e 20%, respectivamente (Brasil, 1989). A situação ficará um pouco mais evidente quando analisarmos os casos de tributação sobre agrotóxicos, produtos isentos de ICMS, o que equivale a uma alíquota de 0%.

2 O CONVÊNIO ICMS 100/97 E OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS: A SELETIVIDADE DO IMPOSTO, SEU VIÉS EXTRAFISCAL E A NECESSÁRIA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Por se tratar de um imposto de competência de cada um dos 26 Estados e do Distrito Federal há uma tendência natural de que a legislação sobre o ICMS seja heterogênea. No entanto, com o intuito de regular as possibilidades de concessão de benefícios fiscais (tributários, financeiros ou creditícios), e a fim de tentar evitar a disputa entre Estados por investimentos - a chamada guerra fiscal -, a Constituição Federal (Brasil, 1988), em seu art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, determinou que a deliberação acerca desta matéria deverá ser realizada em conjunto pelos entes federados que detêm a competência de instituição do imposto, na forma especificada em lei complementar.

A Lei Complementar nº 24/75, em seu art. 1º, determina que a concessão de benefícios fiscais de ICMS, tratados como isenções e incentivos (redução da base de cálculo, concessão de créditos presumidos, devolução do valor pago, enfim, qualquer incentivo financeiro ou fiscal que resulte na redução ou eliminação do ônus tributário), deverá ser realizada por meio de convênio celebrado e ratificado pelos Estados e pelo Distrito Federal. Estes convênios são realizados em reuniões no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que reúne os Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal sob a presidência do Ministro da Fazenda, representante da União (Brasil, 1975).

Ainda de acordo com a Lei Complementar nº 24/75, os convênios podem ser realizados entre dois ou mais entes federativos e sua aplicação pode ser limitada a uma ou algumas unidades da federação. Após a elaboração do convênio, o texto é publicado no Diário Oficial da União e os signatários têm o prazo de quinze dias para, através de decreto do Poder Executivo³, ratificar ou não os convênios celebrados. No entanto, a falta de edição de decreto executivo ratificando o convênio no prazo de quinze dias faz surgir a figura da “ratificação tácita”, que produz os mesmos efeitos da ratificação através de ato do Poder Executivo (Brasil, 1975).

3 Apesar da previsão do art. 4º da Lei Complementar nº 24/75 (Brasil, 1975) falar em ratificação por ato do Poder Executivo e até mesmo em ratificação tácita, o art. 150, § 6º da Constituição Federal (Brasil, 1988) determina que benefícios fiscais só podem ser concedidos através de ato do Poder Legislativo (legalidade tributária), ou seja, não basta a edição de ato do Poder Executivo para a criação do benefício fiscal, ainda que objeto de convênio interestadual. Neste sentido, a mera participação de ente federativo em convênio de ICMS e sua posterior ratificação, expressa ou tácita, pelo Executivo local, apenas autorizam a concessão do benefício, mas sua concretização depende de ato do Legislativo, em atenção à separação dos poderes.

No caso em discussão, trataremos especificamente do Convênio ICMS 100/97, celebrado com o fim de criar benefícios fiscais (especificamente isenções e reduções na base de cálculo) direcionados a operações realizadas com agrotóxicos, sementes geneticamente modificadas, entre outros (Brasil, 1997). Publicado originalmente no Diário Oficial da União em 06 de novembro de 1997 e com previsão de vigência até 30 de abril de 1999, o convênio em referência foi sendo prorrogado anualmente - em alguns casos mais de uma vez no mesmo ano, batendo a marca de 20 prorrogações -, tendo sua vigência estendida até 31 de dezembro de 2020 pelo Convênio ICMS 22/20 (Brasil, 2020a). Atualmente em vigor, a norma que deveria possuir caráter temporário, pois trata da renúncia de cobrança e arrecadação de receitas pelo ente público, se tornou, na prática, ato com vigência indeterminada.

Em sua cláusula primeira, o convênio 100/97 (Brasil, 1997) prevê a redução de 60% da base de cálculo das operações interestaduais envolvendo pesticidas tributadas pelo ICMS. Significa dizer que em vez de aplicar a alíquota sobre o valor total da operação, por exemplo, este cálculo se daria com base em 40% do valor da operação, uma significativa diminuição da base de cálculo do imposto. Igualmente, a cláusula terceira autoriza que a mesma redução na base de cálculo do tributo seja aplicada às operações internas (fatos geradores ocorridos dentro do mesmo ente federativo) ou, ainda, que o Estado ou o Distrito Federal concedam isenção total aos fatos geradores do imposto nos casos envolvendo agrotóxicos, o que representa a dispensa legal do pagamento do imposto, dilatando o benefício concedido para os casos de operações interestaduais. Ademais, em sua cláusula 5, inciso I, o convênio autoriza os entes federativos a não exigirem a anulação de créditos presumidos de ICMS decorrentes de operações não tributadas.

Tem-se, portanto, que o Convênio ICMS 100/97 criou quatro principais possibilidades de concessão de benefícios fiscais nos casos sobre os quais dispõe, a saber (i) redução de 60% da base de cálculo em operações interestaduais com agrotóxicos; (ii) redução de 60% da base de cálculo em operações internas com agrotóxicos; (iii) isenção do imposto em operações internas com agrotóxicos; e (iv) aproveitamento de créditos presumidos em casos nos quais a legislação determina seu estorno. Para o desenvolvimento deste estudo, focaremos nos três primeiros benefícios elencados anteriormente e passaremos a analisar de que forma cada um dos entes federativos concedeu os benefícios referidos pelo Convênio ICMS 100/97 (Brasil, 1997).

Com base em pesquisa realizada na legislação dos Estados e do Distrito Federal foi possível identificar quais seriam as alíquotas gerais de ICMS aplicáveis nas operações internas com agrotóxicos sem a concessão de benefícios fiscais e qual o tipo de benefício concedido com base no Convênio ICMS 100/97 para estes casos. Com estes dados foi possível observar se cada um dos entes federativos optou por direcionar o benefício ao dever de pagar o imposto (isenção) ou ao critério quantitativo da regra-matriz (redução da base de cálculo).

Conforme tabela a seguir, apenas Amazonas, Maranhão e Paraná optaram por conceder benefício direcionado à redução da base de cálculo do imposto nos casos de operações internas com agrotóxicos. Os outros 23 Estados e o Distrito Federal concederam isenção de ICMS para os casos de operações internas com pesticidas, o que representa arrecadação zero para a situação objeto de estu-

do. Além disto, foi possível verificar que a maioria dos entes públicos aplicaria alíquota interna de 17% para operações com agrotóxicos em 2017, de modo que apenas Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, São Paulo e Sergipe aplicariam alíquota de 18% para a tributação nestes casos. Senão vejamos:

Tabela 1 – Alíquotas gerais aplicáveis em operações internas nos Estados e no Distrito Federal em 2017, tipo de benefício fiscal concedido pelo Convênio ICMS 100/97 e legislação estadual de regência

UF	ALÍQUOTA GERAL INTERNA EM 2017	BENEFÍCIO NAS OPERAÇÕES INTERNAS	BENEFÍCIO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS	LEGISLAÇÃO ESTADUAL DE BASE
ACRE	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 921/98
ALAGOAS	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 37.349/97
AMAPÁ	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 2.892/01
AMAZONAS	17%	Redução de 60% da BC	Redução de 60% da BC	Decreto nº 28.896/09
BAHIA	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 13.780/12
CEARÁ	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 26.363/01
DISTRITO FEDERAL	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 18.955/97
ESPÍRITO SANTO	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 1.090-R/02
GOIÁS	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 6.717/08
MARANHÃO	17%	Redução de 60% da BC	Redução de 60% da BC	Decreto nº 19.714/03 - Anexo 1.4
MATO GROSSO	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 2.212/14 - Anexo IV
MATO GROSSO DO SUL	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 9.889/00 - Anexo I
MINAS GERAIS	18%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto 43.080/02 - Anexo I, parte 12
PARÁ	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 4.676/01, Anexo II
PARAÍBA	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 18.930/97
PARANÁ	18%	Redução de 60% da BC	Redução de 60% da BC	Decreto nº - 7.871/17 - Anexo VI, Item 14
PERNAMBUCO	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto 43.901/16, Anexo 78
PIAUÍ	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 13.500/08
RIO DE JANEIRO	18%	Isenção	Redução de 60% da BC	Convênio ICMS 100/97
RIO GRANDE DO NORTE	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 13.640/97
RIO GRANDE DO SUL	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 37.699/97
RONDÔNIA	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 8.321/98
RORAIMA	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 4.335/20 - Anexo I
SANTA CATARINA	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	RICMS/SC - 01 (Decreto nº 2.870/01) - Anexo 2
SÃO PAULO	18%	Isenção	Redução de 60% da BC	RICMS (Decreto nº 45.490/00) - Anexo I
SERGIPE	18%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 21.400/02 - Anexo I, Tabela II
TOCANTINS	17%	Isenção	Redução de 60% da BC	Decreto nº 2.912/06

Fonte: Elaborado pelo autor com base nas legislações dos Estados e do Distrito Federal.

Como se viu, a cobrança de ICMS representa cerca de 70% da arrecadação total dos tributos de competência típica dos Estados, sendo um importante meio de financiamento das atividades dos entes federativos. Deste modo, é necessário discorrer brevemente sobre os mecanismos envolvidos nos processos de concessão dos benefícios fiscais demonstrados na tabela acima, a fim de contextualizar a questão. No caso do ICMS, a perda de arrecadação é justificada com base na seletividade

do imposto em função da essencialidade do bem tributado, o que nos leva ao caráter extrafiscal desta espécie tributária.

Conceitualmente, a extrafiscalidade pode ser definida como:

[...] o conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização de instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é, uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos econômicos e sociais ou fomentando-os, ou seja, de normas que contêm medidas de política econômica e social (Nabais, 2012, p. 629).

Portanto, a extrafiscalidade dos tributos pode ser entendida como o objetivo que guia o ente público na alteração da estrutura de um tributo além da arrecadação de verbas para os cofres públicos. Deste modo, a concessão de isenções fiscais e a redução das bases de cálculo do ICMS evidentemente não visam o aumento da arrecadação tributária, mas sim o fomento das operações envolvendo produtos agrotóxicos através da redução da carga tributária sobre estas operações, o que culmina na diminuição do preço ao consumidor final. A extrafiscalidade é, portanto, a ferramenta que auxilia o ente público, através da tributação, a intervir e a produzir efeitos concretos na realidade econômica e social da população fomentando ou desestimulando comportamentos. Alguns exemplos que ilustram a utilização extrafiscal da tributação através de renúncia de receitas são as isenções de Imposto de Renda (IR) concedidas para aplicações em poupanças e as reduções de alíquotas de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) direcionada à indústria de veículos.

Nesse contexto, uma vez que a concessão de benefícios fiscais de ICMS às operações com agrotóxicos possui caráter nitidamente extrafiscal, tal política toma por base a seletividade do imposto, amparada na suposta essencialidade dos pesticidas. Nos deparamos, aqui, com uma questão muito mais profunda e que esbarra no modelo de produção agrícola que há muito predomina, que toma como base a exploração da terra por grandes latifundiários detentores do capital e que compõe mais uma das facetas da chamada “religião do crescimento”, como sustentam Acosta e Brand (2018). O porém reside no fato deste modelo de crescimento já dar sinais de esgotamento, não somente no que diz respeito aos aspectos ambientais e sociais mas, também, aos de ordem econômica, os quais, contudo, nem sempre são mensurados de forma correta, pois poderiam colocar em risco o modelo hegemônico de desenvolvimento.

Como refere Kothari, citado por Acosta e Brand (2018, p. 131) “o fetiche do crescimento e sua suposta virtude de combater a pobreza” é o grande responsável pelos problemas enfrentados na atualidade. Segundo uma estimativa do Banco Mundial, aproximadamente 5,7% do crescimento econômico se perde devido à destruição do meio ambiente, e isso também porque tal destruição

implica maiores gastos com saúde. Se tais fatores (problemas sociais e ambientais) fossem considerados nos cálculos do crescimento econômico, com certeza esse seria negativo.

A utilização de produtos químicos tóxicos na produção de alimentos, altamente contaminantes do meio ambiente e prejudiciais à saúde humana, só pode ser vista como essencial se adotarmos como referencial exclusivo o crescimento econômico puro, decorrente da produção agropecuária, o que, ao que nos parece, não encontra eco no sistema constitucional de proteção à saúde, ao meio ambiente e à própria dignidade humana, tampouco relação com a ideia de sustentabilidade e de responsabilidade intergeracional estampada na Constituição Federal de 1988.

Como consequência, há uma distorção na utilização extrafiscal da tributação, que, em última análise, deveria atender às necessidades da população e ao bem comum. Conforme sustenta Albuquerque (2023) “é crucial examinar se a tributação desempenha efetivamente o papel de instrumento regulador da economia, com impacto significativo na promoção dos direitos fundamentais da população”, que incluem, por óbvio, o direito à saúde. E isto porque a tributação possui um propósito maior que é contribuir de maneira eficaz para o desenvolvimento econômico e social do país.

O que se percebe, no entanto, é que em vez de atuar como um instrumento de realização dos objetivos constitucionalmente previstos (direitos e garantias fundamentais), o sistema tributário é utilizado como meio de fomento de determinados tipos de indústrias com base em interesses estritamente privados, em detrimento do ente público.

Essa percepção se aprofunda a partir da análise da situação posta sob a ótica da necessária sustentabilidade ambiental. É necessário pensar no princípio da sustentabilidade em perspectiva na hermenêutica constitucional, sendo balizador da atividade Estatal também ao se debruçar sob o viés econômico-financeiro na utilização de sua competência tributária, tendo como objetivo a concretização e a densificação de direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles estreitamente relacionados à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para Canotilho (2010) a sustentabilidade deve ser entendida como princípio constitucional multidimensional estruturante do próprio Estado, sendo, em razão de sua natureza, princípio aberto e carecedor de concretização. Em complementação, Garcia (2021) traz a necessidade de que o entendimento de sustentabilidade, para alcançar sua plenitude, contemple a proteção e a restauração dos sistemas ecológicos, não se restringindo à proteção do meio ambiente, o que poderia colidir com o princípio da responsabilidade intergeracional, por exemplo. No mesmo sentido, se deve adotar a ideia da “sustentabilidade como princípio constitucional que possui o objetivo de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dessa forma assegurando a dimensão ecológica da dignidade humana” (Cavalheiro; Oliveira Junior; Lyra, 2022, p. 17). Daí emerge a necessidade de aprofundamento do princípio constitucional da sustentabilidade em ações estatais concretas que materializem não apenas a manutenção dos níveis de proteção ambiental existentes, mas também sua restauração, evitando o retrocesso ambiental e o agravamento da crise do meio ambiente.

Sob o ponto de vista da extrafiscalidade enquanto instrumento de proteção ambiental, as normas analisadas contrariam aquilo que poderia ser chamado de tributação ambiental, pois em vez de desestimular condutas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana, as desonerações tributárias beneficiam o crescimento desta indústria e com isso colocam ainda mais em risco a natureza. Essa conclusão não é isolada: Garcia (2021) reforça a não essencialidade dos agrotóxicos, evoluindo na proposição de que a tributação de tais produtos seja elevada em razão desta não essencialidade, com a reversão da arrecadação ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a programas de fomento à agroecologia e a modos alternativos de produção agropecuária.

Nesse contexto se o mecanismo de isenções com base na essencialidade de pesticidas para a produção agrícola for analisado de perto é possível verificar a existência de um sistema contrário à proteção ambiental e da saúde humana e que se retroalimenta: (i) os incentivos fiscais são concedidos a agrotóxicos sob a justificativa de que estes produtos são necessários para a agricultura e, consequentemente, para a produção de alimentos, o que fomenta sua utilização por ser economicamente mais vantajosa; (ii) esta política cria um óbice ao incentivo de pesquisas com alternativas orgânicas ou de produção agroecológica de alimentos, pois retira do ente público cifras importantes para seu financiamento e deixa a questão fora das prioridades dos governos; (iii) a falta de alternativas ao uso de agrotóxicos pela ausência de investimento público reforça a suposta essencialidade dos produtos, fazendo com que, novamente, sejam alvo de benefícios fiscais.

Essa lógica ignora questões fundamentais, tanto ambientais como de ordem constitucional, criando um sistema deletério à justiça ambiental em que o custo socioambiental da utilização de agrotóxicos é dividido entre a coletividade, que sente o peso das consequências da degradação ambiental, enquanto o lucro advindo desta atividade é privatizado nas mãos de poucos. O resultado é um sistema em que o Estado, por um lado, desonera aqueles que contribuem para a destruição do meio ambiente e, por outro lado, socializa o preço desta atividade ao arcar com os custos desta destruição, seja por atendimentos no SUS ou pela necessidade de financiamento público na recuperação de áreas degradadas. O que se tem, portanto, é um cenário em que “os danos e as externalidades negativas provocados pelos agrotóxicos são transferidos à sociedade e ao meio ambiente, em razão da inobservância do princípio do poluidor-pagador” (Garcia, 2021, p. 157), circunstância que não pode se manter sob pena do agravamento da crise ambiental, em especial no Sul Global, para onde os maiores volumes de agrotóxicos são exportados.

Brasil e Argentina, segundo Bombardi (2023) assumiram a condição de receptáculos de volumes colossais de agrotóxicos produzidos e comercializados por empresas do Norte Global, ficando acima inclusive dos Estados Unidos e China, que são destinatários relevantes. Em 2021, estes consumiram respectivamente cerca de 257 mil e 244 mil toneladas de agrotóxicos enquanto o Brasil consumiu 719 mil e a Argentina 457 mil toneladas.

Como alternativa, os mesmos mecanismos legais que são utilizados para fomentar a indústria de agrotóxicos podem servir para buscar, enfim, o equilíbrio ambiental. Mecanismos de proteção ambiental poderiam ser inseridos no próprio texto do Convênio ICMS 100/97 para a redução na

utilização de pesticidas com a inclusão de insumos orgânicos na classificação de “agropecuários” estabelecida pela norma, por exemplo (Brasil, 1997). Com isso, fertilizantes como bagaço de cana-de-açúcar e cascas de madeira seriam beneficiados pelas isenções totais e parciais das quais trata referido Convênio, alcançando o fundamento da validade da extrafiscalidade tributária, tendo em vista que “havendo formas de produção de alimentos que não ameacem e tampouco gerem riscos ao meio ambiente, justifica-se a concessão de desonerações tributárias” (Garcia, 2021, p. 165).

A fim de demonstrar o descompasso das desonerações debatidas com o sistema constitucional de proteção ambiental, serão analisados os números relacionados à aquisição de agrotóxicos por unidade federativa a fim de estimar a perda de arrecadação dos Estados e do Distrito Federal em 2017 em razão dos benefícios fiscais de ICMS, escancarando a ofensa aos princípios da seletividade, da sustentabilidade e do poluidor-pagador.

3 ESTIMATIVA DE PERDA DE ARRECADAÇÃO DE ICMS EM 2017 EM DECORRÊNCIA DOS BENEFÍCIOS FISCAIS AUTORIZADOS PELO CONVÊNIO ICMS 100/97

De acordo com dados do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA, 2019), em 2017 o comércio de agrotóxicos no Brasil alcançou o patamar de 539.994,95 toneladas de ingrediente ativo, o que representa um aumento de 70% relacionado com os números de 2010. Estes números demonstram a expansão do mercado de agrotóxicos no Brasil, informação relevante para esta pesquisa, pois quanto maior o número de operações com pesticidas, maior seria a base de cálculo para a tributação por ICMS, o que gera, como consequência da concessão de benefícios fiscais, maior renúncia de receita tributária.

Com relação aos valores gastos na aquisição destes produtos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou o Censo Agropecuário 2017, que possui diversas informações sobre a produção agropecuária no Brasil. Os dados publicados pelo IBGE foram coletados através de entrevistas diretas realizadas nos estabelecimentos agropecuários com a utilização de formulários previamente elaborados pelo órgão. A metodologia adotada, ainda que se utilize de formulários padronizados para a coleta de informações, pode apresentar resultados distorcidos, tendo em vista que a fonte dos dados coletados são os próprios responsáveis pelos estabelecimentos agropecuários e não há conferência das informações por qualquer outra fonte oficial.

A fim de estabelecer as bases de cálculo do ICMS no presente estudo, foi realizada pesquisa nos resultados do Censo Agropecuário 2017 (IBGE, 2017), especialmente nas denominadas tabelas especiais sobre o uso de agrotóxicos. Analisadas as 28 tabelas - de dados consolidados no Brasil, de dados de cada um dos 26 Estados e do Distrito Federal -, foi possível coletar as informações que serão tratadas a seguir, bem como elaborar a Tabela 2 abaixo.

Com base nos dados publicados pelo IBGE (2017) chegou-se ao total de R\$ 32,469 bilhões gastos em 2017 na aquisição de agrotóxicos. Os cinco Estados com os maiores gastos totais foram,

respectivamente, Mato Grosso, com gasto de R\$ 6,451 bilhões; São Paulo, com gasto de R\$ 4,345 bilhões; Rio Grande do Sul, com gasto de R\$ 4,309 bilhões; Paraná, com gasto de R\$ 4,115 bilhões; e Minas Gerais, com gasto de R\$ 3,173 bilhões. A Tabela 2 demonstra o número de estabelecimentos agropecuários por unidade da federação, o número total de estabelecimentos agropecuários no Brasil e os dados de gastos totais com agrotóxicos em 2017 e divididos por unidade federativa, estes que serão utilizados como base de cálculo para a apuração da perda de receita de ICMS. Senão vejamos:

Tabela 2 – Valores gastos com agrotóxicos em 2017 por Unidade Federativa

UF	NÚMERO DE ESTABELECIMENTOS QUE USARAM AGROTÓXICOS EM 2017	VALOR GASTO COM AGROTÓXICOS EM 2017 (R\$ 1.000)
ACRE	7.582	20.559
ALAGOAS	30.474	149.888
AMAPÁ	1.036	4.970
AMAZONAS	9.275	14.891
BAHIA	125.939	2.070.367
CEARÁ	128.912	34.691
DISTRITO FEDERAL	2.287	69.356
ESPÍRITO SANTO	66.026	207.832
GOIÁS	36.789	2.390.701
MARANHÃO	55.732	485.988
MATO GROSSO	48.090	6.451.698
MATO GROSSO DO SUL	15.608	1.910.042
MINAS GERAIS	166.431	3.173.016
PARÁ	43.897	323.648
PARAÍBA	52.232	36.647
PARANÁ	189.364	4.115.473
PERNAMBUCO	62.771	172.956
PIAUÍ	47.481	396.259
RIO DE JANEIRO	15.797	57.333
RIO GRANDE DO NORTE	22.026	61.100
RIO GRANDE DO SUL	256.213	4.309.171
RONDÔNIA	47.178	287.779
RORAIMA	2.424	21.560
SANTA CATARINA	129.372	838.683
SÃO PAULO	76.851	4.345.394
SERGIPE	26.805	29.364
TOCANTINS	15.148	490.357
TOTAL	1.681.740	32.469.724

Fonte: Elaborado pelo autor com dados do Censo Agropecuário IBGE (2017).

É interessante notar que se fizermos uma análise proporcional dos dados relacionados acima, levando em consideração o valor total dos gastos dividido pelo número de estabelecimentos agropecuários, a lista, por ordem decrescente, das cinco maiores despesas por estabelecimento em cada um dos Estados e do Distrito Federal terá em sua primeira posição Mato Grosso, com gasto de R\$ 134.158; seguido por Mato Grosso do Sul, com gasto de R\$ 122.375,82; Goiás, com gasto de R\$ 64.984,12; São Paulo, com gasto de R\$ 56.543,10; e Tocantins, que apesar de possuir um dos menores gastos totais, gasta cerca de R\$ 32.371 por estabelecimento agropecuário.

Considerando os valores estabelecidos na Tabela 2 (bases de cálculo das operações com agrotóxicos), foram aplicadas as alíquotas gerais internas dos Estados e do Distrito Federal descritas na Tabela 1, que variam entre 17% e 18%. No caso do Amazonas, do Maranhão e do Paraná, que não concedem isenção às operações com ICMS, mas apenas a redução da base de cálculo do imposto, foi apurado o valor efetivamente recolhido a título de ICMS, com a base de cálculo reduzida, quantia que foi confrontada com o valor que seria recolhido com a utilização da integralidade da base de cálculo, o resultado da subtração dos valores foi considerado como perda de arrecadação do ente federativo no período.

Através dessa fórmula, foi possível estimar a perda de arrecadação dos Estados e do Distrito Federal em decorrência da concessão de benefícios fiscais de ICMS incidente nas operações de circulação de mercadorias e de transporte interestadual e intermunicipal com agrotóxicos. A Tabela 3 traz o resultado da operação de aplicação das alíquotas sobre as bases de cálculo do imposto dividido por unidade da federação, dando a dimensão da questão abordada, vejamos.

Tabela 3 – Perda de arrecadação de ICMS em 2017 por unidade da federação

UF	VALOR GASTO COM AGROTÓXICOS EM 2017 (R\$ 1.000)	ALÍQUOTA APLICADA NA OPERAÇÃO	PERDA DE ARRECADAÇÃO ESTIMADA EM 2017 (R\$ 1.000)
ACRE	20.559	17%	3.495
ALAGOAS	149.888	17%	25.480
AMAPÁ	4.970	17%	0,844
AMAZONAS	14.891	17%	1.518
BAHIA	2.070.367	17%	351.962
CEARÁ	34.691	17%	5.897
DISTRITO FEDERAL	69.356	17%	11.790
ESPÍRITO SANTO	207.832	17%	35.331
GOIÁS	2.390.701	17%	406.419
MARANHÃO	485.988	17%	49.570
MATO GROSSO	6.451.698	17%	1.096.788
MATO GROSSO DO SUL	1.910.042	17%	324.707
MINAS GERAIS	3.173.016	18%	571.142
PARÁ	323.648	17%	55.020
PARAÍBA	36.647	17%	6.229
PARANÁ	4.115.473	18%	444.471
PERNAMBUCO	172.956	17%	29.402
PIAUÍ	396.259	17%	67.364
RIO DE JANEIRO	57.333	18%	10.319
RIO GRANDE DO NORTE	61.100	17%	10.387
RIO GRANDE DO SUL	4.309.171	17%	731.559
RONDÔNIA	287.779	17%	48.922
RORAIMA	21.560	17%	3.665
SANTA CATARINA	838.683	17%	142.576
SÃO PAULO	4.345.394	18%	782.170
SERGIPE	29.364	18%	5.285
TOCANTINS	490.357	17%	83.360
TOTAL			5.304.829

Fonte: Elaborada pelo autor com base em dados do IBGE (2017) e das legislações dos Estados e do Distrito Federal.

Conforme dados da Tabela 3, a estimativa de perda total de arrecadação de ICMS em operações internas envolvendo agrotóxicos é de R\$ 5,304 bilhões, o que demonstra o significativo impacto direto que estes benefícios têm sobre as contas públicas. O valor, por si só, é bastante expressivo, no entanto, a fim de contextualizar a situação da perda de arrecadação e seus efeitos, analisaremos os resultados primários de cada um dos 26 Estados e do Distrito Federal no exercício de 2017. A partir desta análise, foi possível verificar se houve déficit ou superávit primário nas contas públicas e relacionar os resultados financeiros do período com a perda de arrecadação estimada.

De acordo com dados das Secretarias da Fazenda dos entes federativos e da Secretaria do Tesouro Nacional (Brasil, 2018a), dez Estados e o Distrito Federal encerram 2017 com déficit primário. Significa dizer que, naquele ano, a receita primária foi menor do que as despesas primárias, o que indica uma má administração das contas públicas destes entes e contribui para o aumento do endividamento dos governos a médio e longo prazos, circunstância que impacta de forma negativa no funcionamento do ente federativo. A Tabela 4 traz o resultado completo do balanço primário em 2017 em todos os 26 Estados e o Distrito Federal, vejamos:

Tabela 4 – Balanço primário dos Estados e do Distrito Federal em 2017

UF	RECEITA PRIMÁRIA TOTAL (MILHÕES)	DESPESA PRIMÁRIA TOTAL (MILHÕES)	RESULTADO PRIMÁRIO (MILHÕES)
ACRE	50.16	4.955	61
ALAGOAS	8.773	8.503	270
AMAPÁ	4.072	3.217	855
AMAZONAS	14.612	13.450	1.161
BAHIA	38.702	39.101	- 399
CEARÁ	21.713	21.509	204
DISTRITO FEDERAL	20.441	20.664	-223
ESPÍRITO SANTO	14.744	14.028	716
GOIÁS	26.213	24.696	1.517
MARANHÃO	14.943	15.544	-601
MATO GROSSO	17.595	17.007	589
MATO GROSSO DO SUL	13.248	13.403	-155
MINAS GERAIS	71.484	70.898	585
PARÁ	20.903	20.673	230
PARAÍBA	10.809	10.510	299
PARANÁ	45.938	46.115	-176
PERNAMBUCO	26.924	27.026	-102
PIAUÍ	9.372	9.458	-86
RIO DE JANEIRO	62.922	62.678	245
RIO GRANDE DO NORTE	10.777	10.633	144
RIO GRANDE DO SUL	47.137	47.908	-771
RONDÔNIA	7.509	7.464	45
RORAIMA	3.363	2.753	610
SANTA CATARINA	27.799	27.824	-25
SÃO PAULO	191.470	180.406	11.064
SERGIPE	8.010	8.268	-258
TOCANTINS	7.865	7.880	-14

Fonte: Elaborado pelo autor com dados das Secretarias da Fazenda dos Estados e do Ministério da Fazenda.

Houve déficit primário nas contas públicas da Bahia, do Distrito Federal, do Maranhão, do Mato Grosso do Sul, do Paraná, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, do Sergipe e do Tocantins. Abaixo a Tabela 5 demonstra o possível resultado primário das contas públicas dos entes federativos que tiveram déficit em 2017 no caso de arrecadação de ICMS sobre operações com agrotóxicos.

Tabela 5 – Possível resultado primário com a inclusão da receita decorrente de tributação por ICMS sobre agrotóxicos

UF	DÉFICIT PRIMÁRIO 2017 (MILHÕES)	PERDA DE ARRECA-DAÇÃO ESTIMADA EM 2017 (MILHÕES)	RESULTADO PRIMÁRIO COM ARRE-CADAÇÃO ESTIMADA DE ICMS (MILHÕES)
BAHIA	- 399	351	- 48
DISTRITO FEDERAL	-223	11	- 212
MARANHÃO	- 601	49	- 552
MATO GROSSO DO SUL	- 155	324	169
PARANÁ	- 176	444	268
PERNAMBUCO	- 102	29	- 73
PIAUI	- 86	67	- 19
RIO GRANDE DO SUL	- 771	731	- 40
SANTA CATARINA	- 25	142	117
SERGIPE	- 258	5	- 253
TOCANTINS	- 14	83	69

Fonte: Elaborado pelo autor com base em dados do Ministério da Fazenda.

Nesse cenário, os estados de Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina e Tocantins teriam resultado primário superavitário caso não houvesse a concessão dos benefícios fiscais relacionados na Tabela 1. Além disso, se a perda estimada de arrecadação decorrente da concessão de benefícios fiscais de ICMS em 2017 fosse atualizada para 2020, utilizando-se como índice o IPCA, chegar-se-ia ao montante de R\$ 5,820 bilhões de reais não arrecadados pelos cofres públicos.

A Tabela 6 demonstra a correção dos valores de perda de arrecadação por unidade da federação e o total com a soma dos valores de cada Estado e do Distrito Federal.

Tabela 6 – Perda de arrecadação estimada em 2017 atualizada pela inflação (IPCA) para números de 2020

UF	PERDA DE ARRECAÇÃO ESTI-MADA EM 2017 (MILHÕES)	PERDA DE ARRECAÇÃO ESTI-MADA EM 2020 - IPCA (MILHÕES)
ACRE	3.495	3.832
ALAGOAS	25.480	27.943
AMAPÁ	0,844	0,925
AMAZONAS	1.518	1.664
BAHIA	351.962	385.986
CEARÁ	5.897	6.467
DISTRITO FEDERAL	11.790	12.929
ESPÍRITO SANTO	35.331	38.746
GOIÁS	406.419	445.707
MARANHÃO	49.570	57.361
MATO GROSSO	1.096.788	1.202.815
MATO GROSSO DO SUL	324.707	356.096
MINAS GERAIS	571.142	626.354
PARÁ	55.020	60.338
PARAÍBA	6.229	6.831

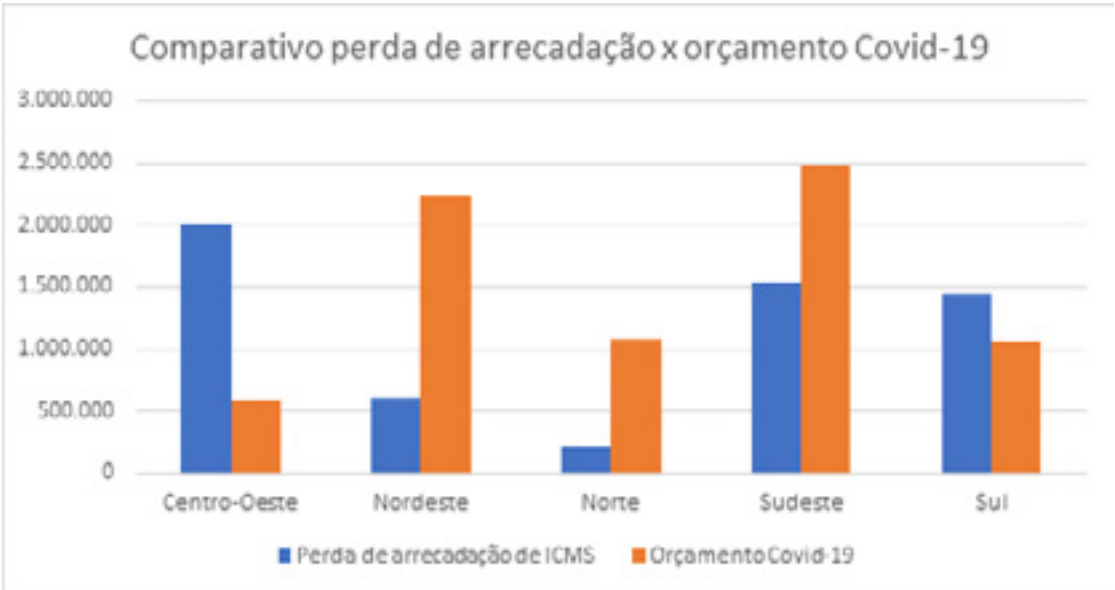
PARANÁ	444.471	487.438
PERNAMBUCO	29.402	32.244
PIAUÍ	67.364	73.876
RIO DE JANEIRO	10.319	11.316
RIO GRANDE DO NORTE	10.387	11.391
RIO GRANDE DO SUL	731.559	802.279
RONDÔNIA	48.922	53.651
RORAIMA	3.665	4.019
SANTA CATARINA	142.576	156.358
SÃO PAULO	782.170	857.782
SERGIPE	5.285	5.795
TOCANTINS	83.360	91.418
TOTAL	5.304.829	5.820.637

Fonte: Elaborado pelo autor com dados do Banco Central do Brasil ([2024]).

Trazendo esses números para a realidade vivenciada em 2020, o primeiro ano em que o mundo enfrentou a pandemia da Covid-19 causada pelo Sars-CoV-2 (novo coronavírus), o valor atualizado de perda de arrecadação de ICMS em razão dos benefícios fiscais a agrotóxicos, é de cerca de R\$ 5,820 bilhões, o que se aproxima do valor repassado pela União, através do Ministério da Saúde, aos Estados e ao Distrito Federal para o enfrentamento da situação de emergência de saúde decorrente da Covid-19, que foi de R\$ 7,457 bilhões em 2020, de acordo com dados do próprio Ministério da Saúde (Brasil, 2020b).

O Gráfico 1 auxilia na compreensão da questão com o comparativo da perda de arrecadação de ICMS estimada, atualizada para 2020, e ajuda a dimensionar o impacto econômico destes benefícios para os cofres públicos.

Gráfico 1 – Comparativo entre os valores decorrentes da perda estimada de arrecadação de ICMS, atualizados para 2020, e os recursos financeiros repassados pela União aos Estados e ao Distrito Federal para combate à pandemia de Covid-19 em 2020



Fonte: Elaborado pelo autor com dados do Ministério da Saúde e da estimativa de perda de arrecadação decorrente de benefícios fiscais de ICMS.

Nos casos das regiões Centro-oeste e Sul do país, o valor da perda de arrecadação de ICMS estimada (atualizada para 2020 pelo IPCA) é superior ao orçamento repassado pela União para ações de enfrentamento da pandemia de Covid-19 em 2020. A perda total de arrecadação, com atualização para o ano de 2023 através da utilização do IPC-A, alcança o montante de R\$ 7.054 bilhões, conforme Tabela 7.

Tabela 7 – Perda de arrecadação estimada em 2017 atualizada pela inflação (IPCA) para números de 2023

UF	PERDA DE ARRECADAÇÃO ESTIMADA EM 2017 (MILHÕES)	PERDA DE ARRECADAÇÃO ESTIMADA EM 2020 - IPCA (MILHÕES)
ACRE	3.495	4.647
ALAGOAS	25.480	33.879
AMAPÁ	0,844	1.122,20
AMAZONAS	1.518	2.018
BAHIA	351.962	467.975
CEARÁ	5.897	7.841
DISTRITO FEDERAL	11.790	15.676
ESPÍRITO SANTO	35.331	46.977
GOIÁS	406.419	540.382
MARANHÃO	49.570	65.909
MATO GROSSO	1.096.788	1.458.308
MATO GROSSO DO SUL	324.707	431.736
MINAS GERAIS	571.142	759.400
PARÁ	55.020	73.156
PARAÍBA	6.229	8.282
PARANÁ	444.471	590.976
PERNAMBUCO	29.402	39.093
PIAUÍ	67.364	89.568
RIO DE JANEIRO	10.319	13.720
RIO GRANDE DO NORTE	10.387	13.811
RIO GRANDE DO SUL	731.559	972.693
RONDÔNIA	48.922	65.048
RORAIMA	3.665	4.873
SANTA CATARINA	142.576	189.571
SÃO PAULO	782.170	1.039.986
SERGIPE	5.285	7.027
TOCANTINS	83.360	110.837
TOTAL	5.304.829	7.054.511

Fonte: Elaborado pelo autor com a ferramenta “Calculadora do Cidadão” do Banco Central do Brasil ([2024]).

As informações trazidas demonstram a relevância dos benefícios fiscais de ICMS concedidos a operações com agrotóxicos e apontam para a necessidade de reanálise destas concessões, em especial como forma de se revisitar quais seriam as (des)vantagens trazidas ao ente público e à população em decorrência destas desonerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal desta pesquisa foi de estimar a perda de arrecadação decorrente de benefícios fiscais de ICMS concedidos a operações internas envolvendo produtos agrotóxicos e investigar

o impacto financeiro destes benefícios nas contas públicas dos Estados e do Distrito Federal, tendo como base dados de 2017 a fim de balizar outras análises de descumprimento do sistema constitucional de proteção ao meio ambiente e à saúde humana.

Inicialmente, verificou-se que os benefícios fiscais de ICMS para operações internas podem ser de dois tipos: o primeiro direcionado especificamente à alíquota do imposto, como nos casos de isenções, maioria das benesses concedidas; e o segundo com foco na base de cálculo do imposto através de sua redução, prática adotada apenas no Amazonas, no Maranhão e no Paraná. A maior parte dos benefícios concedidos para operações internas com agrotóxicos, portanto, é de isenção de ICMS, o que libera o contribuinte da obrigação tributária. Nos casos de operações interestaduais o benefício padrão é o de redução da base de cálculo do imposto, previsto no Convênio ICMS 100/97 (Brasil, 1997).

O mecanismo utilizado para a concessão de benefícios fiscais de ICMS é sua seletividade, que é utilizada com base na essencialidade do bem tributado, dando o contorno à extrafiscalidade do imposto. Apesar disto, pelo que se verificou, a ausência de definição legal de essencialidade pode gerar distorções na aplicação da seletividade, já que há casos de bens essenciais, como a energia elétrica, cuja essencialidade decorre de Lei, que são tributados com alíquotas maiores do que bens supérfluos, como bebidas alcoólicas, por exemplo. No caso em discussão, em que a tributação recai sobre operações com produtos agrotóxicos, há indícios de distorção na aplicação seletiva do ICMS em razão do aparente conflito entre as isenções fiscais e os princípios constitucionais da sustentabilidade e do poluidor-pagador que reforçam a não essencialidade dos produtos tributados em razão das externalidades negativas decorrentes de sua utilização.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à confiabilidade das informações prestadas sobre o consumo de agrotóxicos e os gastos com estas substâncias. De acordo com dados do Tribunal de Contas da União (Brasil, 2018b), os governos não mantêm relatório ou banco de dados que registre a quantidade de benefícios fiscais concedidos a agrotóxicos ou mesmo o valor de tais benefícios. Além disto, conforme informação do próprio IBGE, na sessão de “conceitos e métodos” do Censo Agropecuário 2017 (IBGE, 2017), os dados consolidados foram obtidos através de entrevista direta com os responsáveis pelos estabelecimentos agropecuários, o que indica a possibilidade de subestimação dos números, pois não há nenhuma outra fonte oficial que possa ser utilizada como parâmetro de comparação.

Quanto ao impacto econômico, a partir da metodologia adotada, foi possível concluir que a perda total de arrecadação em 2017 alcançou R\$ 5,304 bilhões, valor extremamente alto, o que demonstra o forte impacto dos benefícios de ICMS a agrotóxicos no contexto do orçamento público. Este impacto se mostra ainda mais relevante para os casos do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina e Tocantins, Estados que, se tributassem as operações com agrotóxicos por meio do ICMS, poderiam reverter o resultado primário deficitário que tiveram em 2017. Com a análise destes resultados na perspectiva atual, de pandemia do Covid-19, a perda de arrecadação estimada adquire maior relevância, pois os valores atualizados superam as verbas repassados pelo Ministério

da Saúde às regiões Centro-Oeste e Sul do país. É importante observar que os valores transportados para 2023 alcançam a rubrica de R\$ 7.054 bilhões, tornando o contexto econômico em que a discussão é travada ainda mais relevante em razão de se tratar de orçamentos públicos de Estados que enfrentam ou enfrentaram graves crises econômicas recentemente.

A investigação realizada é preliminar, no entanto, com base no que foi apresentado neste estudo é possível concluir que os benefícios fiscais de ICMS direcionados a operações de circulação de mercadorias e de prestação de serviços de transportes de agrotóxicos representam relevante perda de arrecadação aos cofres públicos, situação que, em última análise, prejudica o funcionamento de todo o ente público na persecução de seus objetivos. Há que se destacar a existência de um mecanismo que desonera a indústria de agrotóxicos ao mesmo tempo em que onera o Estado, socializando os custos socioambientais negativos desta atividade e restringindo o lucro ao interesse privado, em evidente ofensa ao direito à saúde humana e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e contrariando tendências da chamada tributação verde. Desta forma, se mostra necessária a reavaliação dos benefícios de ICMS direcionados a produtos agrotóxicos, com o amplo debate acerca da perda de arrecadação decorrente destas benesses e, como consequência, o incentivo técnico e financeiro de alternativas a produção agroquímica, aprofundando questões relacionadas também à utilização da extrafiscalidade tributária como instrumento de concretização de uma política fiscal ambiental.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Pós-extrativismo e decrescimento**: saídas do labirinto capitalista. São Paulo: Elefante, 2018.

ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. Tributação como instrumento de regulação econômica e indução do desenvolvimento humano. **Direito Tributário Atual**, São Paulo, ano 41, n. 54, p. 147-179, set. 2023. DOI: <https://doi.org/10.46801/2595-6280.54.7.2023.2404>

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Calculadora do cidadão**. Brasília, DF: BCB, [2024]. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADA0/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>. Acesso em: 15 out. 2020.

BOMBARDI, Larissa Mies. **Agrotóxicos e colonialismo químico**. São Paulo: Elefante, 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS 100/1997 de 4 de novembro de 1997**. Reduz a base de cálculo do ICMS nas saídas dos insumos agropecuários que especifica, e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Economia, 1997. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=14713#:~:text=Reduz%20a%20base%20de%20c%C3%A1lculo,de%2001%2F04%2F2021>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS 22/20 de 3 de abril de 2020**. Prorroga disposições de convênios ICMS que dispõem sobre benefícios fiscais. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020a. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2020/CV022_20#:~:text=Prorroga%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20de%20

conv%C3%AAnios%20ICMS%20que%20disp%C3%B5em%20sobre%20benef%C3%AD-cios%20fiscais.&text=Publicado%20no%20DOU%20de%2006.04,pelo%20Ato%20Declarat%C3%B3rio%206%2F20. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 24 de 7 de janeiro de 1975**. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMEN-TAR%20N%C2%BA%2024%2C%20DE,mercadorias%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 87 de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos estados e do Distrito Federal sobre operações [...]. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/572842#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20im-posto%20dos,comunica%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=AUTOR%3A%20DEPUTADO%20ANTONIO%20KANDIR%20%2D%20PLC%2057%20DE%201996>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM#:~:text=Art.,na%20forma%20estabelecida%20nesta%20Lei. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Boletim de finanças dos entes subnacionais**. Brasília, DF: ASCOM, 2018a.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**. 7 ed. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **MS-SUS covid-19 financeiro**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020b. Disponível em: https://viz.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Insumos_FIN/DEMAS_C19Insumos_FIN.html. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria coordenada relatório ODS: relatório fase nacional**. Brasília, DF: TCU, 2018b.

BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso**. Curitiba: Brasil Publishing, 2019.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus B. de. **A tributação em tempos de crise: caminhos para o pós-neoliberalismo**. London: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Têkhne*, Barcelos, v. 8, n. 13, p. 7-18, 2010. Disponível em: <https://scielo.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; LYRA, José Francisco Dias da Costa. Jurisdição constitucional e sustentabilidade: a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao encontro da sociobiodiversidade brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 1, p. 9-28, jan./abr. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v67i1.69938>

GARCIA, Thaís Aurélia. Princípio fundamental da sustentabilidade e as inconstitucionais isenções tributárias a agrotóxicos. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 15, p. 151-170, jan. 2021. DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i15.p151-170>

IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS. **Relatórios de comercialização de agrotóxicos**. Brasília, DF: IBAMA, 2019. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/agrotoxicos/relatorios-de-comercializacao-de-agrotoxicos#histori-codecomercializacao>. Acesso em: 27 out. 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo agropecuário 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/resultados-censo-agro-2017.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 37.699 de 26 de agosto de 1997**. Aprova o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação [...]. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 1997. Disponível em: [http://www.al.rs.gov.br/Legis/M010/M0100099.ASP?Hid_IDNorma=8068#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2037.699%2C%20DE%2026,e%20de%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20\(RICMS\)](http://www.al.rs.gov.br/Legis/M010/M0100099.ASP?Hid_IDNorma=8068#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2037.699%2C%20DE%2026,e%20de%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20(RICMS)). Acesso em: 24 maio 2024.

REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DO MODELO DISTRITAL MISTO DE SUPERPOSIÇÃO NO PLEITO PARA O PARLAMENTO MUNICIPAL

REFLECTIONS ON THE USE OF THE MIXED DISTRICT OVERLAY MODEL IN THE ELECTION FOR MUNICIPAL PARLIAMENT

Clóvis Júnior*

Sebastião Sergio da Silveira**

*Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal com capacitação para o Ensino no Magistério Superior na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6008-2691>.

** Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2011). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2773-4544>.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a possibilidade da adoção do sistema eleitoral distrital misto por superposição nas eleições para o Parlamento municipal como uma das soluções para a crise de representatividade experimentada em nosso país. Se a democracia é um trilho a ser percorrido, entendida como um processo, a cidadania é sua locomotiva. Sem ela, a democracia perde qualquer sentido. A participação popular nas decisões políticas precisa ser resgatada, especialmente quanto aos representantes do povo. Diante da ineficácia do sistema proporcional nesse sentido, que só tem colaborado para o aumento da distância entre os eleitores e os eleitos, apresenta-se a hipótese da mudança do sistema eleitoral como um experimento constitucional. Isso porque, na teoria, a proposta trazida parece superar suas principais críticas, de maneira que apenas a prática demonstrará eventuais imperfeições. Para elaboração da pesquisa, utilizou-se as bases bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, sendo os dados levantados e analisados pelo método científico hipotético-dedutivo.

Palavras-chaves: democracia; cidadania participativa; sistema eleitoral distrital misto por superposição; crise de representatividade; experimento constitucional.

Abstract: This paper demonstrates the possibility of adopting the mixed district overlay electoral system in municipal parliament elections as one of the solutions to the representational crisis experienced in Brazil. If democracy is a track to be followed, understood as a process, citizenship is its locomotive. Without it, democracy loses any meaning. Popular participation in political decisions needs to be restored, especially regarding the people's representatives. Given the inefficacy of the proportional system in this regard, which has only contributed to increasing the distance between voters and the elected, the hypothesis of changing the electoral system is presented as a constitutional experiment. This is because, in theory, the proposed change seems to overcome its main criticisms, in a way that only practice will reveal any imperfections. For the research, bibliographic and documentary bases were used, with a qualitative approach, and the data were collected and analyzed using the hypothetical-deductive scientific method.

Keywords: democracy; participatory citizenship; mixed district overlay electoral system; representativeness crisis; constitutional experiment.

INTRODUÇÃO

A crise de representatividade vivenciada no Brasil é um fenômeno social que, em última análise, coloca em xeque a própria democracia. O não exercício da cidadania, ou o completo desinteresse nela, continua abrindo brechas para que determinados grupos se perpetuem no poder, seja pela influência econômica, seja pela influência política. Os números de abstenção nas eleições, especialmente nas municipais, revelam que o povo tem desistido de participar das decisões que terão consequências para toda a sociedade. Quando muito, elege-se pela escolha do menos ruim, baseada em algum resquício de esperança.

Verifica-se uma distância quase abissal entre os eleitores e os eleitos. Não há identidade de interesse, de pauta e, muitas vezes, de valores éticos. Acostumou-se a aceitar que a classe política está em uma bolha, descolada da realidade e sem qualquer receio da pressão popular. Perdeu-se a noção do efetivo titular do poder.

Visto isso, é preciso achar soluções para que a participação popular na política seja recuperada. O governo do povo, para o povo e pelo povo precisa, urgentemente, ser resgatado, sob pena de jamais se avançar no processo democrático. O remédio nunca é simples e perpassa por uma análise crítica do atual sistema eleitoral, notadamente aquele adotado para as eleições de Vereadores, qual seja, o proporcional de lista aberta.

Em que pese a alegação de que este modelo privilegia a presença das minorias, o que se percebe é que tem gerado a impressão de que o eleitor não possui o controle sobre quem irá eleger, havendo quase que um completo afastamento das decisões políticas e fazendo com que inexista a necessária influência popular.

Ora, se o que temos é uma democracia representativa, os eleitos devem sentir-se sempre vigiados e cobrados por aqueles que representam. Uma reaproximação entre os representados e seus representantes é imprescindível. Para isso, o presente trabalho propõe a adoção do sistema distrital misto por superposição, nas eleições do Parlamento municipal. O objetivo é que a parcela majoritária deste modelo crie a sensação de uma representação adequada, diminuindo a distância entre o Vereador e munícipes daquele determinado distrito, enquanto a parcela proporcional do sistema distrital misto garante a participação dos grupos minoritários.

Trata-se de um primeiro passo, um experimento constitucional, a fim de verificar se com a referida alteração, na prática, também haja uma mudança cultural e se recupere o interesse do povo pelas decisões políticas. Escolhe-se as eleições municipais porque, via de regra, são mais palpáveis para o eleitor. Significa dizer que é no município que se tem mais contato com as políticas públicas, é onde se sente mais as decisões tomadas pelo Parlamento e, além disso, é o espaço onde os eleitores e os eleitos convivem. Tudo isso coopera para que a experiência com o modelo distrital obtenha resultados mais próximos do mundo real.

Traçando um pano de fundo para a hipótese proposta, faz-se um apanhado da relação entre a cidadania e a democracia, demonstrando que esta é um processo a ser percorrido e que necessariamente o percurso é realizado através daquela, seja ela para concorrer nas eleições, seja para fiscalizar ou para propor soluções. De todo modo, sem a devida cidadania participativa, a democracia não se sustenta.

Após isso, traz-se um apanhado histórico dos sistemas eleitorais no Brasil, restando claro que nossa experiência com o voto começa ainda quando éramos colônia, o que não impediu a atual crise de representatividade, também abordada aqui. Na sequência, ao propor o sistema distrital misto por superposição, tenta-se testar a hipótese, ainda que teoricamente, com as principais críticas dadas a ela, que, a nosso ver, foram superadas.

A pesquisa foi feita com bases bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, sendo os dados levantados e analisados pelo método científico hipotético-dedutivo.

1 CIDADANIA E DEMOCRACIA

Uma análise necessária para o tema proposto neste artigo é a conceituação de cidadania e sua intrínseca relação com a democracia. Certamente não se trata de uma definição estanque, mas fruto de uma construção histórica, que possui variações no tempo e no espaço, de maneira que focar-se-á nos dois principais elementos que a constituem.

A palavra cidadania tem origem na expressão latina *civitatem*, tradução do termo grego *polis*, podendo ser entendida como comunidade política. Adotando a ideia aristotélica, o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade (Aristóteles, 2011). O cidadão pode ser conceituado como aquele apto para participar das coisas da *polis*, ou seja, que está envolvido com a política, com aquilo que é público. Aliás, na Grécia antiga, era considerado idiota o homem que, tido como cidadão, ocupava-se apenas de sua vida particular.

Feitas estas colocações preliminares, passa-se para os elementos conceituais a serem destacados. O primeiro é que a cidadania tem natureza jurídica de direito coletivo *lato sensu*, porque é evidente sua transindividualidade e indivisibilidade. O segundo a ser ressaltado é seu elemento político, de maneira que cidadania se expressa no conjunto de direitos e obrigações referentes à participação do indivíduo na formação da vontade do poder estatal.

A cidadania, então, se manifesta em direitos e obrigações referentes à participação do indivíduo na formação da vontade do poder estatal (Dallari, 1998, p. 14). Na lição clássica de T. H. Marshall e T. Bottomore (2021, p. 23-24) a cidadania possui três elementos ou partes: (i) civil, que abarca as liberdades individuais (ir e vir, expressão, pensamento, religiosa, propriedade etc.); (ii) política, considerada porção que toca o exercício do poder político de forma direta ou como eleitor daqueles que o farão; e (iii) social, que diz respeito ao bem-estar e segurança econômicos, a qualidade de vida.

Cidadania se traduz em um macro direito, que tem em sua composição diversas garantias e até mesmo deveres. Não é possível a concepção de um cidadão pleno que possua liberdade individual, mas que não possa participar da vida política da sua comunidade. Não se pode aceitar que haja uma mera permissão para esta participação sem que o cidadão tenha o mínimo existencial e possua arcabouço cultural para tanto, o que só é possível a partir de uma efetiva educação elementar, por exemplo. Trata-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Pelo entendimento de Richard Pae Kim (2013), na avaliação do conceito constitucional de “cidadania”, nota-se que a Constituição preservou aquele significado utilizado na Grécia antiga, que se refere aos “direitos relacionados ao cidadão”: os direitos do indivíduo que reside na comunidade no campo ou nas áreas urbanas, e que participa ativamente dos assuntos comerciais e das decisões políticas. Portanto, cidadania implica em todas as consequências resultantes de uma vida em sociedade, em uma nação (Kim, 2013, p. 26).

Segundo André de Carvalho Ramos (2021), a cidadania da Constituição de 1988 tem diversas facetas, quais sejam, a cidadania-eleição, a cidadania-fiscalização, a cidadania-propositiva e a cidadania-mediação social. Mas para a análise aqui proposta seria preciso acrescentar mais uma faceta, qual seja, a cidadania-participativa, que se funda não apenas no fato de o cidadão poder votar e ser votado ou fiscalizar aqueles a quem confiou o voto, mas efetivamente influenciar na tomada de decisão de seus governantes, como por exemplo, na escolha de prioridade das políticas públicas, na distribuição orçamentária etc.

E essa possibilidade só se mostra completamente viável dentro da democracia. Aqui está, portanto, a conexão entre a cidadania e a democracia. Partindo-se do pressuposto de que esta é forma de governo, para utilizar mais uma vez a lição de Aristóteles (Bonavides, 2018, p. 330), a democracia se traduz na esfera necessária para que a cidadania possa ser exercida.

A palavra democracia tem sua origem na Grécia Antiga, advinda da junção de duas expressões gregas: *demo*, que pode ser traduzida como povo, e *kracia*, que significa governo. A prática primitiva desse modelo se deu especialmente na *polis* de Atenas. Diz-se primitiva porque só era acessível para determinada parcela do povo, aqueles que eram considerados cidadãos, afastando, por exemplo, as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Tratava-se também de uma democracia direta, uma vez que eram os próprios cidadãos em assembleia que tomavam as decisões políticas, sem qualquer representação. Tal como a cidadania, a democracia não tem um conceito fechado, até porque também se trata de um processo, um alvo a ser alcançado e constantemente aperfeiçoado.

Depois da experiência grega, a democracia é resgatada no constitucionalismo liberal, após longo período de ostracismo. Com sua evolução, abandona-se a seletividade dos cidadãos gregos, a igualdade apenas no conceito liberal e a luta de classe, de maneira que atualmente tem se entendido que, como regime político, a democracia se trata de um governo do povo, pelo povo e para o povo, sendo a ideia de povo aquela trazida por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 75):

O povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma “grandeza pluralística” (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes. Assim caracterizado – o povo como “grandeza pluralística” –, o conceito actual de povo está muito longe do povo no sentido de *bloco* de “cidadãos activos” quer no sentido jacobino quer no sentido liberal-conservador. Com efeito, povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de “cidadãos proprietários” como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes. O povo concebe-se como *povo em sentido político*, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política.

Assim, o exercício pleno da cidadania pelo povo só pode se dar em um ambiente democrático, onde seja garantido a possibilidade de uma participação popular capaz de influenciar as decisões políticas daqueles que governam.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 133) destaca que a democracia estaria sob dois princípios essenciais. O primeiro é a soberania popular, que traz a titularidade do poder para o povo, visto que todo poder dele emana. A segunda é a participação deste mesmo povo no poder, forma direta ou indireta, para que a sua vontade seja observada e cumprida. Na participação indireta surge um princípio derivado daqueles dois fundamentos: o princípio da representação. Segundo o autor, as técnicas utilizadas na democracia para garantir estes fundamentos variam na história e que, atualmente, a que tem prevalecido é de um sistema eleitoral, suas instituições e os partidos políticos.

Na mesma toada, com base nestes dois princípios, comumente se classifica a democracia em: a) direta, em que o próprio povo exerce os poderes de governo, assumindo a função legiferante e jurisdicional; b) indireta, também denominada de democracia representativa, na qual o povo, detentor do poder, outorga as funções de governo a representantes eleitos periodicamente; c) semidireta, em que o povo, ainda que delegue a governança, a elaboração de leis e o poder julgar a terceiros, possui mecanismos que garantem sua participação no processo político (Figueiredo, 2013, p. 443).

Pela redação do parágrafo único, artigo 1º da Constituição Federal, dispondo que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, nota-se que no Brasil adotou-se a democracia indireta, semidireta, ou representativa com temperos de democracia participativa, uma vez que se faz presentes mecanismos como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular de leis (Campos; Santos, 2014). No entanto, os instrumentos de participação têm se mostrado insuficientes e feito o país mergulhar em uma crise de representatividade, de maneira que para além da necessidade de se institucionalizar ferramentas mais modernas, é imprescindível repensar o próprio sistema eleitoral, a fim de aproximar o eleitor do eleito e proporcionar efetiva influência.

Mais do que a troca entre diferentes grupos políticos ou espectros ideológicos, a vida democrática requer um debate público qualificado através de meios e canais legítimos, desde que não incorram em práticas violentas. Manifestações, passeatas, debates públicos e críticas públicas são formas de exercer a liberdade inerente à democracia, que não pode se reduzir apenas na presença de oposição e à alternância de poder nas instituições democráticas, mas também à capacidade de mobilização social e participação cidadã, na construção do diálogo deliberativo. Por isso, o ambiente democrático não deve ser encarado como um campo de batalha, mas sim como uma arena cidadã, onde a construção do espaço público é realizada através do exemplo social do processo democrático (Bittar, 2016, p. 64).

Destaca-se que é característica da democracia que todo cidadão tenha capacidade de definir o que é bom para si mesmo, além de estar revestido de qualificação para tomar decisões políticas. É munida dessa virtude cívica, que traz igualdade política entre os governantes e os governados, que a cidadania participativa poderá dirigir os representantes do povo (Silva; Santos; Netto, 2015).

Feitas estas considerações sobre a relação de cidadania e democracia, passa-se a traçar um histórico dos sistemas eleitorais no Brasil, especialmente aqueles adotados para a escolha dos parlamentares municipais.

2 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DOS SISTEMAS ELEITORAIS NO BRASIL

Sistemas eleitorais se traduzem em métodos de transformação de votos em mandatos. É constituído não apenas pelas fórmulas matemáticas, mas também pela definição da circunscrição do pleito, das candidaturas e da forma como os eleitores irão eleger seus representantes (Silva, 2021, p. 394). Faz-se necessário destacar que a escolha do sistema eleitoral de uma sociedade está intrinsecamente ligada ao seu momento histórico, da influência cultural e do comportamento das forças políticas. Igualmente relevante para o seu delineamento são os valores que se queira consagrar na experiência social, bem como as finalidades políticas almejadas (Gomes, 2022, p. 216).

O histórico eleitoral brasileiro é bastante rico nesse sentido. Mesmo antes da República, houve no Brasil-colônia eleições e normas que as regulamentassem. Aliás, Manoel Rodrigues Ferreira (2005, p. 18, grifo nosso) atesta que:

É oportuno ressaltar que o direito do voto não foi outorgado ao povo brasileiro ou por este conquistado à força. A tradição democrática do direito de votar, de escolher governantes (locais), está de tal maneira entranhada na nossa vida política, que **remonta à fundação das primeiras vilas e cidades brasileiras, logo após o Descobrimento**. Evidentemente, até à época da Independência, o povo só elegia governos locais, isto é, os conselhos municipais. Mas, considerando as atribuições político-administrativas das câmaras municipais no Brasil-Reino, as quais legislavam amplamente, distribuíam a justiça etc., não se poderá negar a importância de que se revestia a eleição dos componentes dos conselhos. Analisaremos, oportunamente, com mais vagar este assunto. Por ora, vale ressaltar que **o livre exercício do voto, de escolher governos locais, surgiu no Brasil com os primeiros núcleos de**

povoadores. Esse direito, as gerações seguintes sempre o defenderam, mesmo tendo de se insurgir contra os governadores-gerais e provinciais e contra eles representando os reis de Portugal.

De toda forma, até para que o presente artigo não se confunda com um mero apanhado histórico, parte-se do fato de que a primeira lei eleitoral municipal que vigorou no Brasil foram as Ordenações e Leis do Reino de Portugal, especialmente o título LXVII do Primeiro Livro, que possuía a seguinte nomenclatura: *em que modo se fará a eleição dos Juízos, Vereadores, Almotacés e outros Officiaes* (Portugal, 1870, p. 153).

No início do Brasil-Império, mais precisamente em 19 de junho de 1822, na cidade do Rio de Janeiro, o ministro e secretário de Estado dos Negócios do Império e Estrangeiros, José Bonifácio de Andrada e Silva (SP), com base no Decreto de 3 de junho do mesmo ano (Brasil, 1822), expediu a Decisão de Governo nº 57, considerada a primeira lei eleitoral elaborada no Brasil, que estabeleceu as instruções sobre o processo eleitoral dos deputados à Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Brasil (1887, p. 42), a qual, uma vez eleita, foi a responsável pela elaboração da Constituição do Império, outorgada em 1824.

Destaca-se deste texto constitucional a criação das Câmaras de Vereadores nos Municípios:

Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente (Brasil, 1824).

Com a independência do Brasil e a vigência de sua primeira Constituição, no dia 23 de março de 1824, D. Pedro I expediu decreto que tornou sem efeito o decreto de 17 de novembro de 1823 sobre as eleições de deputados para a Assembleia Constituinte e mandava proceder à eleição dos deputados e senadores da Assembleia Geral Legislativa do Império do Brasil e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias (Brasil, 1824).

Foi a Lei de 1º de outubro de 1828 que inaugurou a regulamentação das eleições na esfera municipal. Tratava-se do pleito das Câmaras das cidades e das Câmaras das vilas. Nesta ocasião foi adotado o sistema majoritário, até por força do artigo 12, que assim dispunha: “os que obtiverem maior número de votos serão os Vereadores. A maioria dos votos designará qual é o Presidente segundo a Constituição [...]” (Brasil, 1828).

Em 19 de agosto de 1846, passa a vigorar a Lei nº 387 (Brasil, 1846), que efetuou uma reforma na legislação eleitoral existente, sendo alterada posteriormente pelo Decreto 842 de 19 de setembro de 1855, estabelecendo a divisão de distritos eleitorais em relação ao número de deputados na Assembleia Geral. Foi a denominada *Leis de Círculos* (Brasil, 1855).

No dia 9 de janeiro de 1881, o Imperador sancionou o Decreto nº 3.029, que trazia uma nova lei eleitoral, substituindo todas as anteriores. Este Decreto foi conhecido como *Lei Saraiva* ou *Lei*

do Censo, e foi regulamentada pelo Decreto nº 8.213 de 13 de agosto de 1881. Mudanças profundas foram efetuadas, tal como a extinção do voto indireto (Brasil, 1881a, 18881b).

Posteriormente, segundo Ferreira (2005, p. 250-251), a Lei Saraiva, de 1881, foi fruto de um amadurecimento legislativo que levou 67 anos. Ainda nos tempos do Império havia uma preocupação da classe dirigente da sociedade em criar um sistema eleitoral adequado, o que resultou na referida lei, que, nas palavras do autor, “colocou o Brasil entre as nações civilizadas”. No advento da República, portanto, nada haveria que se fazer em relação a lei eleitoral, mas apenas adequá-la para extirpar os privilégios contidos que eram resquício do pensamento imperialista, além de formatá-la para a nova organização do País. A essência da lei deveria permanecer. Mas, como continua destacando Ferreira, a República teve que voltar seu ímpeto contra a Lei Saraiva para sobreviver, transformando um bom sistema em um emaranhado de normas feitas apenas para ganhar a eleição. A essência mudou e se transformou na das origens dos males políticos daquele tempo.

Veio, então, a Constituição da República dos estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que tratou de regime eleitoral, instituindo, por exemplo, a eleição simultânea em todo o país para senador e deputado (Brasil, 1891).

A primeira Lei da era republicana foi a Lei nº 35, de 25 de janeiro de 1892. Mais uma vez, para a composição do Parlamento, é utilizado o sistema distrital:

Art. 34. A eleição ordinaria para os cargos de deputado ou senador se procederá em toda a Republica no dia 30 de outubro do ultimo anno da legislatura, e será feita mediante o suffragio directo dos eleitores alistados de conformidade com esta lei.

Paragrapho unico. Nas secções municipaes em que, por qualquer circumstancia, se não tiver procedido á revisão do alistamento, serão admittidos a votar os cidadãos incluidos no alistamento anterior.

Art. 35. A eleição de senador será feita por Estado, votando o eleitor em um só nome para substituir o senador cujo mandato houver terminado.

Paragrapho unico. Si houver mais de uma vaga, a eleição será feita na mesma occasião, votando o eleitor separadamente para cada uma dellas.

Art. 36. Para a eleição de deputados, os Estados da União serão divididos em **districtos eleitoraes** de tres deputados, equiparando-se aos Estados, para tal fim, a Capital Federal.

Nesta divisão se attenderá á população dos Estados e do Districto Federal, de modo que **cada districto tenha, quanto possivel, população igual, respeitando-se a contiguidade do territorio e integridade do municipio** (Brasil, 1892, grifo nosso),

No dia 15 de novembro de 1904, foi sancionada a nova lei eleitoral, a Lei nº 1.269, que ficou conhecida como *Lei Rosa e Silva*, revogando a Lei Eleitoral nº 35, de 26 de janeiro de 1892, e toda a legislação esparsa anterior. O sistema distrital majoritário continuou presente (art. 59) (Brasil, 1904).

Fazendo um salto histórico, Rabat (2014, p. 27) registra que entre os anos 1930 a 1945 houve a principal ruptura nos procedimentos eleitorais parlamentares no Brasil. Até então, o que se utilizava era o princípio majoritário com agentes individuais ocupando lugar de proeminência no

pleito. Foi a partir de 1945 que se começou a adotar o sistema proporcional, o que deslocou o destaque para os partidos políticos.

A primeira lei instituindo o sistema proporcional foi o Código Eleitoral de 1932 (Brasil, 1932) e aprimorado pelo Código Eleitoral de 35 (Fisch; Mesquita, 2022, p. 35). José Jairo Gomes (2022, p. 223) comenta que, segundo o artigo 82 da Lei nº 48/1935, as eleições para o Poder Legislativo nas três esferas federativas seriam pelo sistema proporcional. Mas essa regra não chegou a entrar em vigor em razão da superveniência do Estado Novo e a suspensão das eleições. Foi com o Decreto-lei 7586/45, já na redemocratização, que o sistema proporcional passou a ser implementado e reiterado pelas legislações posteriores, como por exemplo, na Lei 4.737/65 (Código Eleitoral)

A Constituição de 1988 (Brasil, 1988) estabeleceu expressamente o sistema proporcional nas eleições para as seguintes Casas Legislativas: Câmara de Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores –, nos artigos 27, § 1º, 29, IV, 32, § 3º, e 45, regulamentados pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) (Brasil, 1965). O Senado Federal adota o sistema majoritário (art. 83 do Código Eleitoral).

3 A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

O histórico até aqui apresentado demonstra que em certa medida o Brasil de fato possui uma tradição democrática no sentido de escolher lideranças, ainda que locais. No entanto, mesmo que os primeiros passos tenham sido dados na década de 40, é unânime o entendimento de que apenas na Constituição de 1988 foi possível o real processo de democratização do país. Oportunizar o direito a votar e ser votado diretamente para os poderes Executivo e Legislativo nos três níveis da federação, sem dúvida alguma, resgatou a ideia de que todo poder emana do povo.

Exceto para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, o voto é obrigatório, de maneira que a população é chamada, no mínimo, a cada dois anos às urnas para as eleições. Talvez por um resquício da monarquia, o Parlamento brasileiro nunca contou com o prestígio que o Poder Legislativo teve, por exemplo, nas revoluções liberais. Mesmo quando se tentou estabelecer o modelo parlamentarista no Brasil (1961), o próprio povo, através de plebiscito realizado por Jango, optou pelo retorno ao presidencialismo.

Fato é que com o passar do tempo, poucos grupos foram dominando os espaços políticos e se perpetuando no poder, mesmo que através do voto. Somado com a famigerada política de coação aqui praticada, o que deu vazão para escândalos de corrupção em escala inimagináveis, a política brasileira mergulhou em um abismo profundo.

Como demonstração disso, o número de abstenções nas últimas eleições municipais tem ficado na casa dos 20% do eleitorado, sendo que em 2020, nas eleições municipais, esse percentual foi de 23,15%, o que significa que 34.241.529 não compareceram às urnas. Neste mesmo ano, os votos em branco somaram 3.915.103 (3,44%); e os nulos, 7.054.302 (6,21%). Juntados os dados,

ainda analisando o ano de 2020, tem-se que 32,8% não votou, votou nulo ou em branco. Em outras palavras, quase um terço do eleitorado não tinha qualquer representante concorrendo aos cargos em disputa (Prefeito e Vereadores).

Fazendo o recorte proposto neste trabalho, analisemos agora como foram as eleições de 2020 para Vereador. Para tanto, utilizar-se-á os dados disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral a respeito do Município de Barretos, Estado de São Paulo. O total do eleitorado de Barretos é de 89.968. Compareceram nas urnas para a escolha dos dezessete Vereadores que comporiam a Câmara 59.860 eleitores, o que corresponde a 66,53%. A abstenção foi de 33,47% (30.108). Os votos em branco foram 2.953 (4,93%), e os nulos somaram 2.908 (4,86%). Verifica-se, então, que 43,26% deixaram de escolher seus representantes no Parlamento local. Número altamente preocupante.

E não para por aí. Afunilando ainda mais a pesquisa, tem-se que os dezessete Vereadores eleitos na cidade selecionada possuem, em sua totalidade, 15.545 votos. O mais votado com 1.336 e o menos votado com 416. Tal resultado decorre do método proporcional utilizado para estas eleições. Ora, se houve comparecimento de 59.860 eleitores, a Câmara foi composta com menos de 30% daqueles que votaram. Se o número total de eleitores fosse levado em conta, o resultado seria de que o voto de 17,27% do eleitorado foi suficiente para a eleição de dezessete Vereadores.

Navegando pelo *site* do TSE (Brasil, [2023]), verifica-se que, com poucas variações, esta é a realidade dos Municípios brasileiros. Os números apresentados trazem duas conclusões possíveis. A primeira é que a população tem se afastado cada vez mais da política, a ponto de se desinteressar pelo próprio processo eleitoral. A segunda se traduz na ideia de que o sistema proporcional agrava ainda mais a crise de representatividade, porque a população, em sua grande maioria, não tem voz na Casa do povo. Em última análise, isso afasta a própria sociedade das tomadas de decisões da cidade e da cobrança necessária em relação aos eleitos.

Nesse sentido, a percepção da experiência democrática no Brasil é de involução. A Constituição, por si só, não gera democracia, mas apenas delimita o caminho a ser percorrido. Isso porque, a democracia não é um destino final. Não se trata de um alvo alcançável no sentido de permitir alguma acomodação, mas um caminho, um processo de constante aperfeiçoamento e vigia, porque certamente haverá investida contra a titularidade do poder povo por grupos de interesses diversos. Dessa forma, se a presença dos titulares no exercício do poder não é sentida e vista, abrem-se brechas perigosas para um anacronismo democrático. A falta de interesse na vida política do País por força da crise de representatividade e pelo desânimo do estado como as coisas se encontram só faz fortalecer os interesses escusos que buscam enfraquecer cada vez mais a efetiva participação popular na tomada de decisão (Magalhães, 2010).

A reflexão de como resgatar a participação do povo na democracia participativa perpassa, necessariamente, sobre o sistema eleitoral adotado, especialmente para as Casas Legislativas do Município, Estado e para a Câmara dos Deputados. Pelo exemplo do que ocorre na cidade de

Barretos, verifica-se que o sistema proporcional pode até abarcar as minorias, o que também é questionável, mas neste momento histórico parece só colaborar para a crise.

O Ministro Barroso (2006), criticando o sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil, atesta que não existe democracia sem o Poder Legislativo, tão pouco a legitimidade sem a devida identificação entre os eleitores e os eleitos, o que torna a baixa representatividade do Parlamento um problema grave, vez que gera um desinteresse pela política por parte do cidadão, afastando-o de participar das tomadas de decisão do País. A consequência trágica disso é que o eleito passa a ter a sensação de que não precisa mais representar ninguém senão seus próprios interesses. Tem-se, ainda nas palavras do Ministro Barroso (2006), que não é possível alegar a existência de uma efetiva representatividade do povo no Parlamento brasileiro. Portanto, o sistema encontra-se em crise, que se comprova quando o Poder Legislativo é aquele mais tem rejeição popular.

A crítica tem toda razão de ser. Basta uma pequena experiência empírica para se verificar que a visão da maioria da população em relação aos políticos é, no mínimo, de bastante desconfiança. Segundo uma pesquisa Datafolha recente, que analisou a confiança no Congresso Nacional, os eleitores estariam assim divididos: a) não confia: 40%; b) confia um pouco: 49%; confia muito: 10% (Stabile; Nicoceli, 2024). Não é diferente com os partidos políticos (Lazzari, 2017, p. 353). É um resultado alarmante.

Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 636) sustenta que o aprimoramento das instâncias de participação e representação políticas é essencial para tornar mais robusta a democracia brasileira. E fortalecer a democracia é fortalecer a Constituição. A nosso ver, se o Brasil deseja realmente vivenciar o Estado Democrático de Direito, não pode temer a criatividade e o experimentalismo constitucional.

É por isso que a reflexão trazida neste artigo não é uma mudança profunda no sistema eleitoral atual. Pelo contrário, a ideia é modificar o método para a escolha dos Vereadores, ou seja, no âmbito do Parlamento municipal. Isso porque é no Município que os eleitores têm oportunidade de conviver mais de perto com seus representantes. Mudar a realidade local pode ser um passo importante para a recuperação da participação popular na tomada das decisões políticas.

Até porque, as bases de um governo representativo promulgam a consonância e a conexão de eleitores com os eleitos (Nagasaki; Figueiredo, 2022, p. 262). Sem isso, não há representação adequada, e, conseqüentemente, a democracia como sendo o governo do povo, para o povo e pelo povo fica completamente comprometida.

4 A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DISTRITAL: UMA MANEIRA DE VIABILIZAR A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO MUNICÍPIO?

O que se apresenta, então, é a necessidade da adoção de um sistema eleitoral que busque reestabelecer o vínculo entre o povo e seus governantes. Esse é um dos papéis do sistema eleitoral, qual seja, estabelecer verdadeira representação. José Jairo Gomes (2022) explica que o sistema

eleitoral a ser implementado em um país depende de algumas variáveis, tais como os valores que se pretende consagrar nas eleições e os objetivos desejados. Isto feito, ganha importância o fato de que haja confiabilidade no sistema, o que poderá ser alcançado através de técnicas que se mostrem seguras e tenham um grau elevado de transparência. Aí sim o sistema eleitoral poderá, de maneira eficiente, segura e imparcial, proporcionar a transformação da vontade popular em mandato eletivo revestido de legitimidade.

No Brasil hoje vigoram dois sistemas: o majoritário e o proporcional. O sistema eleitoral majoritário é utilizado para eleger Prefeitos, Governadores, Senadores e o Presidente da República, sendo vencedor aquele que obtiver maior número de votos. A maioria aqui deverá ser absoluta para os cargos de Governador, Presidente da República e Prefeitos de cidades em que haja mais de 200 mil eleitores, situações em que poderá haver segundo turno. Já o sistema eleitoral proporcional é o método para eleger Vereadores, Deputados Estaduais e Deputados Federais (CF, artigos 45, 27, §1º e 29). Visa à distribuição de assentos no parlamento proporcionalmente à quantidade de votos recebidos por cada partido político ou coligação eleitoral. O número de mandatos a que um partido tem direito é o produto da divisão do número total e votos dados a esse partido (ou a seus candidatos) dividido pelo quociente eleitoral.

Existem diferentes tipos de sistemas eleitorais proporcionais, cada um com suas próprias peculiaridades. No pleito eleitoral brasileiro utiliza-se o sistema de lista aberta, em que os eleitores podem votar diretamente em candidatos individuais em vez de em partidos, levando-se em conta a quantidade de votos que cada candidato recebe. Dessa forma os partidos não têm como definir de antemão a ordem dos candidatos.

A distribuição de mandatos é feita com base no quociente de Hare, isto é, a divisão entre os votos válidos e os lugares a serem preenchidos resultará no quociente eleitoral. Após isso, calcula-se o quociente partidário, que será o resultado da divisão entre os votos recebidos pelo partido e o quociente eleitoral. A consequência do sistema proporcional é um alto número de partidos sem qualquer, ou com pouca, identidade ideológica.

Nas palavras de Jairo Nicolau (2017, p. x):

O Brasil tem profundas desigualdades de renda, assimetrias regionais e um crescente pluralismo religioso. Mas essas divisões não se expressam em termos partidários como em outras democracias. Para dar um exemplo, o crescente envolvimento dos evangélicos na política ainda não se traduziu (e pode não vir a se traduzir) numa clivagem religiosa no sistema partidário como a existente em muitos países da Europa depois da Segunda Guerra Mundial. Os partidos democratas cristãos na Itália e na Alemanha, por exemplo, concentravam sua votação entre eleitores cristãos e defendiam temas (sobretudo no campo comportamental) de interesse desses eleitores, contrapondo-se aos temas tradicionais da esquerda laica. Minha hipótese é que, no Brasil, o grande número de partidos não expressaria nem uma ampla divergência ideológica nem a politização de clivagens sociais, mas seria decorrente de fatores institucionais. O primeiro deles é a vigência da regra das coligações nas eleições proporcionais, propiciando que partidos com números muito reduzidos de votos ingressem no Legislativo. O segundo é a legislação

partidário-eleitoral, que oferece benefícios a legendas com pequeno apoio eleitoral: o acesso à verba do Fundo Partidário e aos meios de comunicação (nas eleições e nos programas partidários) é franqueado mesmo às legendas que apresentam reduzido desempenho eleitoral. Dessa maneira, os políticos têm todo o incentivo para criar novas legendas ou se transferir para as já existentes. E, como vimos, as barreiras a essa transferência quase inexistem desde a redemocratização.

O sistema proporcional, portanto, além de não efetivar a representação das minorias, vez que os partidos políticos pouco se identificam ideologicamente, confunde o eleitor e impossibilita-o de verificar se seu voto realmente irá para o candidato que ele escolhe nas urnas. As imperfeições são tantas, e, repita-se, os partidos políticos são tão heterogêneos, que o voto destinado a um determinado candidato pode ajudar outra que não conta com qualquer simpatia de quem votou (Silva; Santos; Netto, 2015).

A hipótese que se apresenta é a adoção do sistema distrital misto, mais precisamente o sistema distrital misto por superposição, na tentativa de resgatar a representatividade e a efetiva participação popular no processo eleitoral. Neste sistema, metade dos parlamentares são eleitos pelo sistema distrital majoritário, com voto nominal e elegendo-se um único candidato por distrito; e a outra metade, pelo sistema proporcional de lista fechada, ou seja, aqui vota-se em uma lista fechada de candidatos previamente elaborada e apresentada pelos partidos que disputam o pleito. O eleitor não vota em candidatos, mas em partidos. Por este modelo há independência entre as fórmulas majoritárias e proporcionais. O voto no candidato eleito pelo sistema majoritário não interfere na eleição proporcional.

Lembrando que a proposta é que, em um primeiro momento, o sistema eleitoral distrital misto (por superposição) seja utilizado nas eleições municipais. Isso porque apenas uma observação empírica é que testará a eficácia da medida. A nosso ver, alterar o método de votação para todas as Casas Legislativas, exceto o Senado Federal, que utiliza o sistema majoritário, traria muita confusão e prejudicaria a análise do experimento constitucional. Mas se faz fundamental experiência, a fim de se observar se a mudança de sistema tornar-se-á um meio para a politização do eleitor (Fonseca; Lacerda; Pereira, 2014, p. 159).

Isso posto, é preciso responder às principais desvantagens da adoção do sistema aqui indicado. A primeira que se impõe é que o sistema distrital misto causaria uma crise de representatividade por força da lista fechada. Mas tal argumento não encontra sustentação. Primeiro porque a percepção de representação estaria abarcada pela parcela majoritária da eleição distrital. Segundo porque a lista é divulgada antes do pleito, de maneira que o eleitor teria total condições de avaliar qual partido apresentou a lista que mais condiz com seus valores e visão de mundo. Ausência de representatividade possui o sistema proporcional de lista aberta, quando ocorre os famosos efeitos caronas, casos em que Vereadores são eleitos tão somente pelo quociente eleitoral e partidário. Qual é a legitimidade de um candidato que figurou em 40º em números de votos se eleger para uma Câmara que possui 17 cadeiras, e aquele que ficou em 15º não se eleger? O sistema distrital misto ao menos diminui esse tipo de distorção.

A segunda crítica também constantemente veiculada é o desfavorecimento das minorias, o que de igual modo não é realmente verificável. Aliás, a ideia de que determinado modelo favorece a minoria é bastante prejudicado em um país de tamanha fragmentação política e com partidos tão pouco comprometidos ideologicamente. Utilizando o exemplo acima, nada garante que o Vereador eleito pelo quociente represente alguma minoria. De todo modo, a parcela proporcional do sistema distrital permite que partidos minoritários possam ter a chance de ocupar o Parlamento.

Por fim, há quem sustente que o modelo distrital misto por superposição destacaria os interesses locais. No entanto, não há como encarar o argumento como uma crítica ao sistema. Pelo contrário. Trata-se, em verdade, do exato objetivo da sua adoção. Os Vereadores eleitos pelos seus respectivos distritos certamente trabalharão para que aquele local seja alcançado pelas políticas públicas, por exemplo. Ora, se todos os distritos da cidade possuirão representante, é natural que toda a cidade seja beneficiada. De bons distritos pode-se se fazer uma boa cidade.

A referência teórica que dá eco a adoção do sistema eleitoral misto por superposição é o Ministro Luís Roberto Barroso (2006), que apontou as três principais vantagens do modelo ora defendido: 1. a atenuação do problema da baixa representatividade dos parlamentares; 2. a facilitação da formação de governos majoritários sem que se impossibilite a representação das minorias; 3. a redução dos gastos com as campanhas eleitorais e da consequente influência do poder econômico sobre a política.

Quanto à primeira vantagem, tem-se que a parcela majoritária do sistema, sem dúvida, aproxima o eleitor do eleito, o que é extremamente desejável. E mesmo aquela destinada ao sistema proporcional de lista fechada, há que se levar em conta que servirá para eleição de lideranças partidárias, o que confere mais representatividade política, incluindo a de minorias.

A segunda vantagem, qual seja, a facilitação da formação de governos majoritários sem que se impossibilite a representação das minorias, se verifica na manutenção da proporcionalidade no distrital misto, visando preservar a pluralidade político-partidária, instituto que nos parece essencial para democracia. Deve-se resguardar o direito das minorias de serem representadas com liberdade e visibilidade política para debater e questionar as ações do governo, inclusive denunciar práticas ilícitas ou imorais, sem que com isso impeça a maioria de governar.

Por último, a terceira vantagem nos parece uma conclusão óbvia. Ora, para a parcela majoritária do modelo, o espectro territorial dos candidatos será menor, o que consequentemente diminui o investimento na campanha. E na parte proporcional, o gasto será por partido, dirimindo a quantidade de candidaturas.

Obviamente, consoante sustenta Comparato (1996, p. 65), não há sistemas idealmente perfeitos, para todos os tempos e todos os países, mas apenas sistemas mais ou menos úteis à consecução das finalidades políticas que se têm em vista, em determinado país e determinado momento histórico. A adoção do sistema distrital misto, especialmente no âmbito do Parlamento Municipal, pode

ser um passo importante para a mudança da cultura política da população, resultando em um maior exercício da cidadania e avanço no processo democrático.

CONCLUSÃO

A percepção política, sem dúvida alguma, é muito mais concreta no Município. Trata-se do ente federativo onde o cidadão vivencia com maior sensibilidade as decisões tomadas por aqueles que estão no poder. Nesse sentido, conforme os números apresentados pelo TSE, é no âmbito municipal que mais se verifica a crise de representatividade vivida no Brasil. A ausência da participação efetiva do povo e o completo desânimo em se envolver com a coisa pública faz com que exista uma distância abissal entre os eleitores e os eleitos.

O número de abstenções nas urnas, de votos em branco e nulos, escancara a falta de identificação entre os cidadãos e os que pretendem ocupar os cargos políticos. Além disso, para falar apenas da Câmara Municipal, o sistema eleitoral adotado permite que somando os votos de todos os eleitos não resulte nem em 30% do eleitorado. Às vezes, até menos de 20%. A crise, portanto, não é apenas da afinidade moral, mas pode ser verificada em números, como foi apresentado. Para além da subjetiva, é objetiva.

Diante disso, a hipótese apresentada, qual seja, a adoção do sistema eleitoral distrital por superposição, tem o potencial teórico de minimizar o quadro, fazendo com que o eleitorado tenha maior contato com o eleito (parcela majoritária), sem perder de vista a pluralidade político-partidária, viabilizada pela parcela proporcional do modelo.

Reduzindo a distância entre o povo e seus governantes, aumentam-se o discernimento de uma representatividade adequada e a possibilidade de maior participação e pressão popular na luta de seus anseios. Torna-se muito mais difícil o Parlamentar quedar-se na tentação de atender seus objetivos pessoais, uma vez que é mais determinável os cidadãos para os quais ele deverá prestar contas.

As principais críticas a respeito do sistema eleitoral distrital misto por superposição são superáveis, até porque não há método que seja perfeito. Qualquer um que seja adotado jamais abarcará todo o dinamismo da sociedade. Fato é que para resgatar a ideia de que o Parlamento é a Casa do povo se faz imprescindível que este volte a se interessar pela política, que exerça uma cidadania participativa. Só assim a democracia poderá amadurecer.

O Direito, como uma ciência social aplicada, não pode temer sugerir experiências com base constitucional a fim de achar soluções para as demandas peculiares do nosso país. A utilização do sistema proposto é um primeiro passo. Sendo a democracia um processo, não é saudável que permaneça estagnado.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, [s. l.], n. 3. jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.institutoideias.org.br/web/pt/index.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado**: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Versão eletrônica.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1822**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

BRASIL. **Decreto de 26 de março de 1824**. Manda proceder á eleição dos Deputados e Senadores da Assembléa Geral Legislativa e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1824. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/1824-1899/decreto-38579-26-marco-1824-567113-norma-pe.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto de 3 de junho de 1822**. Manda convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa composta de Deputados das Provincias do Brazil, os quaes serão eleitos pelas Instucções que forem expedidas. (*). Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1822. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/antioresa1824/decreto-38942-3-junho-1822-568265-norma-pe.html>. Acesso em: 20 mar. 2023

BRASIL. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.029, de 09 de janeiro de 1881**. Reforma a legislação eleitoral. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1881a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.213, de 13 de agosto de 1881**. Regula a execução da Lei nº 3029, de 9 de janeiro do corrente ano, que reformou a legislação eleitoral. Rio de Janeiro: Câmara dos De-

putados, 1881b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8213-13-agosto-1881-546457-publicacaooriginal-60487-pe.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 842, de 19 de setembro de 1855**. Altera a Lei de 19 de Agosto de 1846. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1855. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-842-19-setembro-1855-558297-publicacaooriginal-79444-pl.html#:~:text=Altera%20a%20Lei%20de%2019,sete%20da%20Assembl%C3%A9a%20General%20Legislativo>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Lei de 1º de outubro de 1828**. Dá nova forma às Camaras Municipaes, marca suas atribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juizes de Paz. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1828. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-1-10-1828.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 1.269, de 15 de novembro de 1904**. Reforma a legislação eleitoral, e dá outras providencias. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1904. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1269-15-novembro-1904-584304-publicacaooriginal-107057-pl.html>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 35, de 26 de janeiro de 1892**. Estabelece o processo para as eleições federais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1892. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0035-1892.htm#:~:text=L0035%2D1892&text=LEI%20N%C2%BA%2035%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201892.&text=Art.,alistarem%20na%20f%C3%B3rma%20desta%20lei. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 387, de 19 de agosto de 1846**. Regula a maneira de proceder às Eleições de Senadores, Deputados, Membros das Assembléas Provinciaes, Juizes de Paz, e Camaras Municipaes. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1846. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-387-19-agosto-1846-555122-publicacaooriginal-83186-pl.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais**. Brasília, DF: TSE, [2023]. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-eleicao/home?session=13719020871232>. Acesso em: 20 mar. 2023.

CAMPOS, Adriana; SANTOS, Polianna Pereira dos. **Democracia, direitos políticos e sistema proporcional brasileiro**: reflexões sobre a adoção de cálculo intracoligacional. In: VITA, Jonathan Barros; DIZ, Jamile B da Mata; BAEZ, Narciso Leandro C. (org.). *Direitos fundamentais e democracia III*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1, p. 357-377.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (org.). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DALLARI, Dalmo Abreu de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. 2. ed. Brasília: TSE/SDI, 2005.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Versão eletrônica.

FISCH, Arthur; MESQUITA, Lara. Reformas eleitorais no Brasil contemporâneo: mudanças no sistema proporcional e de financiamento eleitoral. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 33–53, 2022. DOI: 10.1590/s0103-4014.2022.36106.003.

FONSECA, Rafaela Aparecida; LACERDA, Josiane Auxiliadora; PEREIRA, José Roberto. A Crise da Democracia Representativa e o Voto Distrital como Alternativa. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, 2014. DOI 10.17808/des.44.383. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/383>. Acesso em: 16 jul. 2024.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 18 ed. Barueri: Editora Atlas, 2022. Versão eletrônica.

KIM, Richard Pae. O Conteúdo Jurídico de Cidadania na Constituição Federal do Brasil. In: MO-RAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. **Cidadania**. São Paulo: Atlas, 2013.

LAZZARI, Eduardo Alves. Explicações assimétricas para a desconfiança em partidos políticos no Brasil. **Revista Opinião Pública**, v. 23, n. 2, p. 334–360, 2017. DOI 10.1590/1807-01912017232334. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/pkLfHrwxQkKdV6d-cwMS3X9L/?lang=pt#>. Acesso em 15 jun. 2024.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A crise da democracia representativa. **Blog José Luiz Quadros de Magalhães**, [s. l.], 14 set. 2010. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2010/09/52-teoria-da-constituicao-2-estado.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MARSHALL, Thomas H.; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Traduzido por Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Editora UNESP, 2021.

NAGASAKI, Jéssica Yume; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. A (in)existência de uma crise de representatividade no Brasil. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 31, n. 2, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1806>. Acesso em: 20 mar. 2023.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Representantes de quem?: Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2017. Versão eletrônica.

PORTUGAL. **Código Philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Tipographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 16 mar. 2023.

RABAT, Márcio Nuno. **Surgimento e evolução do sistema eleitoral proporcional atualmente em vigor no Brasil**. Brasília: Cadernos Aslegis, 2014. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27379>. Acesso em: 20 mar. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira dos; NETTO, Felip. Peixoto Braga. Democracia e sufrágio: sobre a necessária compreensão dos sistemas eleitorais brasileiros. *In*: REPO- LÊS, Maria Fernanda Salcedo; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **O direito entre a esfera pública e a autonomia privada**: transformações do direito público no ambiente democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. v. 2, p. 91-102.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STABILE, Arthur; NICOCELI, Artur. Datafolha: cresce desconfiança dos brasileiros no Congresso Nacional. **G1**, São Paulo, 27 mar. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/03/27/datafolha-cresce-desconfianca-dos-brasileiros-no-congresso-nacional.ghtml> . Acesso em: 15 jun. 2024.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: A EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI 13.709/2018 E AS IMPLICAÇÕES À SOBERANIA

PERSONAL DATA PROTECTION AND INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION: THE EXTRATERRITORIALITY OF LAW NO. 13.709/2018 AND ITS IMPLICATIONS FOR SOVEREIGNTY

André Pedroso Kasemirski*

Clodomiro José Bannwart Júnior**

Arthur Lustosa Strozzi***

*Doutorando e Mestre em Direito
Negocial pela Universidade
Estadual de Londrina (UEL),
com bolsa CAPES. Advogado
e Professor de Direito. E-mail:
andre.kasemirski@uel.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6760-3680>.

**Doutor e Mestre em Filosofia,
com Pós-doutoramento pela
Universidade Estadual de
Campinas. Especialista em Direito
Eleitoral. Professor de Filosofia e do
Programa de Doutorado em Direito
Negocial da UEL. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2897-6809>.

*** Doutorando e Mestre em
Direito Negocial pela Universidade
Estadual de Londrina (UEL).
Bolsista CAPES-Consolidação.
Advogado e Professor de
Direito. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9302-0339>.

Resumo: Por intermédio do método dedutivo, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, e a partir das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações acerca da categoria analítica inerente à abrangência do tema proteção de dados, investiga-se e procura estabelecer reflexões acerca da eficácia da Lei 13.709/2018, fora dos limites do Estado, inclusive se sobrepondo as regras do Estado estrangeiro, de modo a implicar na violação do princípio da soberania. Estende-se como hipótese que, a aplicação da Lei 13.709/2018 fora dos limites do Estado, não desrespeita à soberania do Estado estrangeiro, mas redimensiona seus contornos, especialmente no que concerne aos direitos humanos fundamentais.

Palavras-chave: direitos humanos fundamentais; proteção de dados pessoais; autodeterminação informativa; extraterritorialidade; soberania.

Abstract: Using the deductive method, which involves extracting knowledge from general premises applicable to concrete hypotheses and employing techniques for bibliographic and legislative surveys concerning the analytical category related to data protection, this study investigates and reflects on the effectiveness of Law No. 13.709/2018 beyond state borders. This includes instances where it overlaps with foreign state rules, potentially violating the principle of sovereignty. The hypothesis is that the application of Law No. 13.709/2018 beyond state borders does not disrespect the sovereignty of the foreign state but redefines its contours, especially concerning fundamental human rights.

Keywords: fundamental human rights; protection of personal data; informative self-determination; extraterritoriality; sovereignty.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados projeta-se no campo constitucional dos direitos fundamentais e tem suas primeiras raízes na doutrina internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, tanto a Lei 13.709/2018, art. 2, inciso VII¹, quanto a legislação europeia Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (*General Data Protection Regulation*), considerando 104², têm como fundamento os direitos humanos para a proteção dos dados pessoais.

Assim, mediante a aplicação do processo dedutivo, explora e busca delinear ponderações sobre a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados além das fronteiras estatais, até mesmo ultrapassando as regulamentações do Estado estrangeiro. Como suposição, considera-se que a utilização da Lei nº. 13.709/2018 fora das fronteiras do Estado não viola a soberania do Estado estrangeiro, mas reconfigura seus parâmetros.

Para tanto, diante do método empregado, na primeira seção inicialmente discorre sobre a conexão dos direitos fundamentais com a doutrina dos direitos humanos, apontando as semelhanças e diferenças da doutrina quanto às terminologias adotadas, entre elas “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, tomando como referencial teórico, entre outras obras, os estudos de Ingo Wolfgang Sarlet e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Em seguida, estabelecido o conceito de direitos humanos, no qual a proteção de dados tem seu primeiro fundamento, a partir dos estudos de J. J. Gomes Canotilho e Stefano Rodotà, procura estabelecer na segunda seção os desdobramentos internacionais da autodeterminação informativa do titular. Nesse ponto, a autodeterminação informativa, correspondente ao controle conferido ao titular, não se restringe às barreiras do Estado, mas se estende dentro da rede e por todo o globo, independentemente do local de tratamento ou do local em que se situem controlador e titular.

Isto posto, reconhecida a importância da autodeterminação informativa no ambiente virtual, especialmente no que tange à proteção dos dados em ambiente internacional, na terceira seção passa a refletir acerca da aplicação da Lei 13.709/2018 em âmbito extraterritorial, inclusive se sobrepondo às normas de proteção de dados pessoais do país estrangeiro. Outrossim, discorre se, ao sobrepor

1 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...] VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (Brasil, 2018).

2 (104) Em conformidade com os valores fundamentais em que a União assenta, particularmente a defesa dos direitos humanos, a Comissão deverá, na sua avaliação do país terceiro ou de um território ou setor específico de um país terceiro, ter em consideração em que medida esse país respeita o primado do Estado de direito, o acesso à justiça e as regras e normas internacionais no domínio dos direitos humanos e a sua legislação geral e setorial, nomeadamente a legislação relativa à segurança pública, à defesa e à segurança nacional, bem como a lei da ordem pública e a lei penal. A adoção de uma decisão de adequação relativamente a um território ou um setor específico num país terceiro deverá ter em conta critérios claros e objetivos, tais como as atividades de tratamento específicas e o âmbito das normas jurídicas aplicáveis, bem como a legislação em vigor no país terceiro. Este deverá dar garantias para assegurar um nível adequado de proteção essencialmente equivalente ao assegurado na União, nomeadamente quando os dados pessoais são tratados num ou mais setores específicos. Em especial, o país terceiro deverá garantir o controlo efetivo e independente da proteção dos dados e estabelecer regras de cooperação com as autoridades de proteção de dados dos Estados-Membros, e ainda conferir aos titulares dos dados direitos efetivos e oponíveis e vias efetivas de recurso administrativo e judicial (European Union, 2016).

a Lei 13.709/2018 à legislação de país estrangeiro, que não fornece proteção em mesmo patamar, não se estaria a infringir o princípio da soberania.

Assim, inegável que a extraterritorialidade da lei é tema relevante e de suma importância, tendo em vista que alguns agentes de tratamento de dados (controladores e operadores) estão localizados fisicamente ou virtualmente em outros países.

É verdade que, assim como o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, a Lei nº. 13.709/2018 possui aplicação para qualquer operação de tratamento realizada pelos controladores, independentemente do país de sua sede e do país em que estejam localizados os dados. Para tanto, é necessário o enquadramento em alguma das hipóteses previstas no art. 3 da Lei nº. 13.709/2018³, como por exemplo, que a operação de tratamento seja realizada no Brasil, ainda que os agentes de tratamento estejam localizados no exterior (inciso I).

Por outro lado, não se aplica a Lei nº. 13.709/2018 ao tratamento de dados provenientes de fora do território nacional e que não seja objeto de comunicação com agentes de tratamento brasileiro, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção adequado, conforme art. 4, inciso IV da Lei nº. 13.709/2018⁴. Ou seja, inexistindo grau de proteção adequado, aplicar-se-á a Lei nº. 13.709/2018 em face do Estado estrangeiro proveniente, ainda que esse possua legislação sobre a temática, porém com grau protetivo inferior.

Desse modo, ainda que discutível eventual existência de violação à soberania do Estado estrangeiro, há de se reconhecer que a Lei nº. 13.709/2018 poderá ser invocada, sem qualquer afronta, visto a ausência de proteção em grau adequado quanto à tutela dos dados pessoais. Nesses termos, a extensão extraterritorial da Lei nº. 13.709/2018 não implica na diminuição do conceito de soberania, mas no redimensionamento dos seus contornos, de modo a abranger a tutela dos direitos humanos. Logo, interferir na dignidade humana é função do Estado e a violação dos direitos humanos pelo ente Estatal implica em afronta ao poder soberano, que não está acima da lei.

3 Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (Brasil, 2018).

4 Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...]

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (Brasil, 2018).

1 A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A Lei Geral de Proteção de Dados, nº 13.709/18, projetada no campo constitucional dos direitos fundamentais, tem seu primeiro fundamento na doutrina internacional dos direitos humanos, motivo pelo qual é indispensável traçar um conceito claro de direitos humanos e em que medida são equivalentes ou se distinguem dos direitos fundamentais.

É verdade que a carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais (Brasil, 1988). Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 inova ao trazer uma orientação internacionalista jamais vista até então na história do direito constitucional, uma vez que o Império, na experiência brasileira, cuidou da independência e da preservação da unidade nacional, enquanto que a República consolidou as fronteiras nacionais, bem como afirmou a vocação pacífica do país, de modo a reconhecer paulatinamente a importância da cooperação internacional para a preservação da paz (Piovesan, 2018, p. 117).

A expressão “direitos humanos” é um termo intrinsecamente ligado ao direito internacional público, tratando-se de um desdobramento, haja vista que quando se utiliza o termo “direitos humanos” está afirmando-se que há direitos garantidos por normas de índole internacional, ou seja, por tratados, declarações ou outros, celebrados entre Estados.

Para Valério Mazzuoli (2019, p. 25) os direitos humanos são aqueles direitos protegidos pela ordem internacional, entre os quais se encontram os tratados multilaterais, globais ou regionais, contra as violações e arbitrariedades do Estado. Mais ainda, os direitos humanos são indispensáveis a uma vida digna e, por isso, estabelecem um nível protetivo mínimo que todos os Estados devem respeitar.

Muito embora, sob a ótica internacional, a proteção dos dados pessoais já pudesse ser deduzida da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵ e da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950⁶, foi na Convenção 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais de 1981⁷, conhecida como Convenção de Estrasburgo, que passou a regular o tratamento de dados pessoais. Por sua vez, somente no ano 2000 com

5 Artigo 12 - Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (ONU, 1948).

6 Artigo 8º - 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência (European Union, 1950)

7 Artigo 1º - A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (“proteção dos dados”) (European Union, 1981).

a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁸, CDFUE, que a proteção de dados pessoais passou a adquirir patamar de direito fundamental (Sarlet, 2021, p. 23).

Destarte, a expressão “direitos do homem” possui cunho jusnaturalista, e por sua vez remete aos direitos naturais, e podem ser compreendidos como aqueles que não foram positivados pelos ordenamentos de forma inequívoca para proteção global. Esses direitos, em tese, não se encontram nos textos das Constituições ou nos tratados internacionais, sendo raros, atualmente, a sua existência.

Já a expressão “direitos fundamentais” diz respeito à afetação da proteção em um sistema interno, ligado à matriz constitucional, na medida em que se encontrem positivados. Nesse sentido, são direitos garantidos e limitados no tempo e espaço, objetivamente vigentes em uma ordem jurídica em concreto. Isto posto, quando se utiliza a expressão “direitos humanos”, está-se referindo aos direitos positivados em tratados e declarações ou previstos em costumes internacionais (Mazzuoli, 2019, p. 26).

É inquestionável que os direitos essenciais, de alguma maneira, são igualmente sempre direitos da pessoa, no sentido de que seu detentor será sempre um ser humano, mesmo que representado por coletividades (grupos, comunidades, nações, Estado).

É verdade que, no âmbito da União Europeia, convencionou-se utilizar a expressão “direitos fundamentais” de forma genérica, a exemplo da “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, mesmo não sendo essa o termo utilizado pela ONU, que utiliza a expressão para se referir aos direitos garantidos pela ordem interna.

Destarte, parte da doutrina, entre eles Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 46), adota e tem preferido a expressão “direitos humanos fundamentais”, com o intuito de significar a união material da proteção da matriz constitucional com a expressão de direito internacional.

Nesse sentido, ao que indica a expressão “direitos humanos fundamentais” é mais adequada do que a visão em que os direitos humanos possuem uma maior amplitude. Dentro dessa acepção, os direitos fundamentais, são, por consequência, direitos humanos. Logo, os direitos fundamentais não são espécies do gênero direitos humanos, mas estariam circunscritos por eles.

É verdade que a preferência pelo termo “direitos fundamentais” dá-se pelos seguintes motivos: a) é esta a que se encontra positivada na Constituição Federal de 1988, em seu Título II; b) a tendência majoritária na doutrina moderna constitucional em rechaçar expressões como “direitos naturais”, “direitos civis”, “direitos individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, porque anacrônicos (em desacordo com o atual estágio dos direitos fundamentais, notadamente na perspectiva de um Estado Democrático e Social de Direito) e insuficientes para abarcar a abrangência do assunto.

8 Art. 8º - 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. [...] (European Union, 2000).

Ao estabelecer o conceito de direitos fundamentais, Ingo W. Sarlet (2012, p. 16-18), propõe que sejam inseridos no mesmo rol todos aqueles direitos que, explícita ou implicitamente, são positivados pela Constituição Federal, assim como as posições jurídicas que possam ser a elas equiparadas por seu conteúdo ou significado.

Desse modo, o ordenamento jurídico abarcaria dois grupos: a) os direitos expressamente positivados na Constituição ou diplomas correlatos, b) direitos implicitamente positivados, os quais são compreendidos como aqueles decorrentes de princípios constitucionais ou de direitos subentendidos nas normas de direito fundamentais expressamente positivadas.

Outrossim, no primeiro grupo se encontram os direitos dispostos entre art. 5 ao art. 17 da Constituição Federal e os demais esparsos pela Constituição. Já no segundo grupo, estariam aqueles positivados na legislação infraconstitucional, porém decorrentes de princípios consagrados na Constituição Federal.

Muito embora a proteção de dados pessoais seja dotada de autonomia no que diz respeito ao seu âmbito de proteção próprio, guarda também conexão com outros direitos e princípios de matriz constitucional, assim como com o direito internacional dos direitos humanos.

É verdade que a proteção de dados pessoais não se encontrava positivada de forma autônoma no texto Constitucional, até a Emenda Constitucional nº. 115 de 2022, que incluiu o inciso LXXIX no art. 5º. No entanto, também não há dúvidas que o direito da proteção de dados pessoais já decorria do princípio da dignidade humana e do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, como é o caso da privacidade e intimidade (Sarlet, 2021, p. 36).

Nessa via, ainda que antes da EC. 115/2022 a proteção de dados não estivesse inserida no rol explícito de direitos fundamentais, inegável que se trata de norma fundamental, até porque a legislação infraconstitucional assim o dispôs expressamente. Assim, a tutela dos dados pessoais visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tendo como fundamento o respeito à privacidade, aos direitos humanos e à dignidade, conforme art. 1, caput⁹ e art. 2, incisos I, II e VII¹⁰ da Lei 13.709/2018.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao que tudo indica, é o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados, haja vista que se trata de cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana (Sarlet, 2021, p. 36). Logo, inegável que a proteção de dados pessoais se encontra implicitamente positiva-

9 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

10 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...]

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa; [...]

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (Brasil, 2018).

da enquanto um direito fundamental. Outrossim, independentemente da Emenda Constitucional 115/2022 (PEC nº. /17/2019), o qual alterou o art. 5, inciso XII para inserir a proteção de dados pessoais de forma explícita, sua proteção já decorria implicitamente da Constituição, tanto que na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 6387, o Plenário do STF confirmou, em 07.05.2020, a decisão monocrática da relatora Ministra Rosa Weber, que dispôs que a proteção de dados pessoais “representa direito fundamental” e “autônomo” (Brasil, 2020).

Ademais, ainda que se possa tecer críticas ao legislador, que pretendeu ser “engenheiro de obra pronta” na PEC nº. 17/2019, atual Emenda Constitucional nº 115, de 2022, que incluiu a proteção de dados no art. 5º da CF¹¹, reconhecendo-a enquanto um direito fundamental, há de se identificar que a positivação formal carrega consigo uma carga positiva e agrega valor substancial ao dar destaque para a tutela dos dados pessoais.

No que diz respeito à extensão da proteção de dados, também enquanto um direito de personalidade, há de se reconhecer que as normas de direito de personalidade dispostas no Código Civil também são consideradas como direitos deduzidos de uma cláusula geral, ancorada no direito fundamental de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme art. 1, inciso III, da Constituição Federal.

Nesses termos, além de compreender que a proteção de dados pessoais guarda referência e fundamento na doutrina dos direitos humanos fundamentais, há de se reconhecer que sua tutela perpassa os direitos de personalidade.

Assim, para Carlos Alberto Bittar (1999, p. 10) os direitos de personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).

Se não bastasse, não se pode perder de vista que a proteção de dados tem tanto como “fundamento”, quanto tem como objetivo “proteger” o desenvolvimento da personalidade, conforme respectivamente art. 2, inciso VII e art. 1, caput da Lei 13.709/2018.

2 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA PARA ALÉM DOS LIMITES DO ESTADO

Estabelecido os fundamentos pelos quais a Lei Geral de Proteção de Dados nº. 13.709/18 projeta-se no campo dos direitos humanos fundamentais, passa a apresentar algumas considerações acerca do princípio da autodeterminação informativa, controle esse conferido ao titular e que merece proteção em um cenário internacional.

11 LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022) (Brasil, 2022).

O direito à privacidade, como aponta Ricardo Villas Bôas Cueva (2017, p. 62), foi primeiramente definido no clássico artigo de 1890 de Samuel Warren e Lois Brandeis, como o direito de ser deixado só, no qual se identificou a partir de precedentes do *common law*.

Além disso, ganhou relevância a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada ou teoria das esferas da personalidade elaborada mais detalhadamente pelo alemão Heinrich Hubmann em 1953, de modo que foi revisitada por Heinrich Henkel em 1957 (Mota; Tena, 2020, p. 538-576). Heinrich Henkel deu forma tripartida à teoria dos círculos concêntricos, de modo que dividiu a vida privada em sentido *lato sensu* em: o círculo da vida privada em sentido estrito, em que se insere o círculo da intimidade e, por sua vez, que se encontra adentrado o círculo do segredo (Szaniawski, 2005, p. 127).

A Constituição Federal protege a privacidade (gênero) ao reconhecer como invioláveis a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem da pessoa (espécies). Ademais, para Tulio Lima Vianna (2004, p. 344) a privacidade decorre do direito de não ser registrado, não ser reconhecido e não ser monitorado.

Ora, na era do *big data*, a privacidade física ou clássica pode versar sobre uma invasão física na residência alheia ou, ainda, sobre o monitoramento de câmeras, enquanto que a privacidade informacional ultrapassa os limites físicos e afeta a proteção de dados pessoais, uma vez que tratados. Com isso, a privacidade informacional se concentra em resguardar o titular contra abusos no tratamento de dados pessoais, seja na coleta, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, armazenamento, comunicação, transferência, difusão ou extração, como, por exemplo, informações relacionadas às convicções políticas e religiosas.

Nesse cenário, insere-se o conceito de autodeterminação informativa, o qual tem suas raízes no Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, em 1983, diante da célebre sentença da Lei do Censo (*Volkszählungsurteil*) – como ficou conhecida mundialmente – elucida a relação conceitual existente entre a privacidade e a tutela de dados pessoais, sem deixar de ancorá-las aos valores fundamentais que assumem proteger.

Desse modo, o Estado alemão pretendia finalizar um censo geral em 1983, que tinha como objetivo principal realizar perguntas e confrontar os dados fornecidos com os dos registros públicos existentes. Diante do sentimento de insegurança, temendo-se a criação de um Estado “superinformado”, houve questionamentos quanto à violação de direitos fundamentais, entre eles o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, protegidos pelos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental da Alemanha. Como resultado, o Tribunal Constitucional Federal Alemão declarou nulos os dispositivos que versavam sobre a troca de dados e competências para sua transmissão (Schwabe, 2005, p. 234).

Caso os dados recolhidos fossem utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, o que impediria o cidadão de conhecer o efetivo uso de suas informações, em verdadeiro desatendimento das normas fundamentais.

O Tribunal entendeu que o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições de processamento de dados, a proteção do indivíduo contra o levantamento, a armazenagem, o uso e a transmissão irrestrita.

No mesmo sentido da decisão indicada percorre o pensamento de Canotilho (2007, p. 550):

[...] o direito ao conhecimento dos dados pessoais desdobra-se em vários direitos: 'a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registros informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados), b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados; c) o direito de contestação, ou seja, direito à retificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; d) o direito de atualização (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desatualização); e) finalmente, o direito à eliminação dos dados cujo registro é interdito.

A decisão apontada é considerada como o marco oficial de surgimento do direito à autodeterminação informativa, de modo que consiste, segundo a sentença, no direito dos indivíduos decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados. Dito isso, o sujeito passa a poder decidir quando e sob que circunstâncias poderão se dar conhecimento de seus dados pessoais.

Para Stefano Rodotà (2008, p. 7), a autodeterminação informativa concede a cada um de nós um real poder sobre nossas próprias informações, nossos próprios dados. Percebe-se aqui, segundo Rodotà (2008, p. 7), um ponto de chegada na longa evolução do conceito de privacidade, da originária definição, *the right to be let alone*, ao direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada.

Quando se pensa em autodeterminação informativa, ou seja, no controle conferido ao titular sobre suas informações, no caso da Lei nº 13.709/2018, art. 2, inciso II, não se pode perder de vista o dilema que existente entre privacidade *versus* segurança. De plano, é enganosa a receita que menos privacidade aos indivíduos implicará em maior segurança a esses. Ora, nessa linha, Stefano Rodotà remete à metáfora do homem de vidro de matriz nazista:

[...] A ideia do homem de vidro é totalitária porque sobre ela baseia a pretensão do Estado de conhecer tudo, até os aspectos mais íntimos da vida dos cidadãos, transformando automaticamente em suspeito todo aquele que quiser salvaguardar sua vida privada. Ao argumento de que quem não tem nada a esconder, nada deve temer, o autor não se cansa de admoestar que o emprego das tecnologias da informação coloca justamente o cidadão que nada tem a temer em uma situação de risco, de discriminação. Menos cidadãos, mais suspeitos é a expressão estigmatizante do momento (Rodotà, 2008, p. 7-8).

Outrossim, se assiste na atualidade à uma progressiva extensão das formas de controle social, motivadas sobretudo por razões de segurança, no entanto, o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem deve ser preservado, sendo inclusive um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, conforme art. 2.

Para Ingo Sarlet, a autodeterminação informativa consiste em um direito individual de decisão:

A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com o do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima indispensável (Sarlet, 2021, p. 31).

Dessa forma, a fim de assegurar efetividade ao princípio da autodeterminação informativa, a Lei nº 13.709/2018 elenca uma série de direitos ao titular, conforme art. 18. Assim, tanto o direito de requerer acesso, correção ou eliminação dos dados pessoais, entre outros insculpidos na lei, decorrem do princípio da autodeterminação informativa e proporcionam efetivo controle das informações pelo titular.

Além disso, limitar dentro dos territórios estatais a aplicação da Lei 13.709/2018 e, por conseguinte, o princípio da autodeterminação informativa no contexto da internet, equivale a enfraquecer a proteção do detentor de informações pessoais na rede mundial, uma vez que a transferência de dados não se sujeita às tradicionais delimitações do Estado soberano.

3 EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI 13.709/2018 E A SOBERANIA DO ESTADO FRENTE A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos maiores desafios para a aplicação efetiva de uma legislação de proteção de dados pessoais é a extraterritorialidade. Outrossim, há de se questionar se há uma insuficiência protetiva da LGPD diante do fluxo internacional de dados ou, ainda, uma ineficácia diante da aplicação extraterritorial da Lei 13.709/2018.

A aplicação extraterritorial da Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), se refere à capacidade da lei brasileira de regular o tratamento de dados pessoais além das fronteiras nacionais. Isso significa que, em certas circunstâncias, a LGPD pode ser aplicada a operações de tratamento de dados realizadas fora do Brasil, desde que essas operações envolvam dados de indivíduos localizados no Brasil ou que os responsáveis pelo tratamento ofereçam bens ou serviços no Brasil, conforme disposto no art. 3º da lei.

Essa aplicação internacional visa garantir que os direitos dos titulares de dados sejam protegidos de forma adequada, independentemente de onde o tratamento dos dados ocorra. A lógica por trás dessa abordagem é assegurar que os dados pessoais de cidadãos brasileiros recebam o mesmo nível de proteção, mesmo quando são tratados por entidades estrangeiras. Isso pode envolver, por exemplo, empresas de tecnologia que coletam dados através de suas plataformas online usadas por brasileiros.

É verdade que a circulação de dados transfronteiriços já estava na agenda de 1980 da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que elaborou “Diretrizes sobre a proteção de privacidade e circulação transfronteiriça de dados pessoais” (*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*). Trata-se, segundo Cíntia Rosa Pereira de Lima e Kelvin Peroli (2020, p. 70), de uma *soft law* precursora do tema, a qual foi revisitada em 2013, em razão dos constantes avanços da informática e que colocam em xeque a eficácia de leis de proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, a extraterritorialidade e a transferência internacional de dados pessoais são temas relevantes e de suma importância, e que se entrelaçam diante do cenário interconectado, tendo em vista que alguns agentes de tratamento de dados (controladores e operadores) estão localizados fisicamente ou virtualmente em outros países. Ou seja, embora os dados tenham sido coletados no território nacional, são tratados em âmbito internacional.

Assim, o sistema normativo de proteção de dados pessoais emerge no âmbito da sociedade da informação como forma de proteger a personalidade do indivíduo contra os potenciais riscos a serem causados pelo tratamento de dados pessoais (Bioni; Mendes, 2019, p. 818).

É verdade que, assim como o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, a Lei 13.709/2018 possui aplicação para qualquer operação de tratamento realizada pelos controladores, independentemente do país de sua sede, ou ainda, independentemente do país em que estejam localizados os dados. Para tanto, é necessário que o tratamento tenha sido realizado no território nacional, conforme art. 3¹². Nesses termos, pode-se perceber que o inciso I do art. 3 é amplo, envolve qualquer atividade de tratamento e abrange inclusive as situações do inciso II e III, que foram especificadas em razão do grau de importância.

Percebe-se, assim, que as hipóteses dos incisos I e III, do art. 3 são comunicáveis, pois a coleta de dados, no território nacional, já configura hipótese de tratamento para aplicação da Lei 13.709/2018. Assim, um estrangeiro não residente no país, mas de passagem no aeroporto brasileiro, será tutelado pela Lei 13.709/2018, no que tange ao tratamento de dados que eventualmente forneceu para utilização dos serviços de *wi-fi* da concessionária do aeroporto.

O art. 3 da Lei 13.709/2018 possui correspondência no Regulamento (UE) 2016/679. Assim o art. 3º (2) do Regulamento (UE) 2016/679¹³ prevê que haverá aplicação da norma ainda que o responsável pelo tratamento ou subcontratante não esteja estabelecido na União Europeia, quando:

12 Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (Brasil, 2018).

13 1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União.

alínea a) a atividade de tratamento estiver relacionada à oferta de bens ou serviços a esses titulares da União Europeia; alínea b) quando tratar-se de tratamento de dados para fins de monitoramento do comportamento do titular. Assim, para determinar a incidência do Regulamento (UE) 2016/679:

[...] são irrelevantes a cidadania do titular dos dados (isto é, o GDPR não protege apenas cidadãos europeus) e o país de residência dele (assim, o fato de o titular se encontrar no território da União pode trazer a incidência do GDPR, mesmo que lá ele não tenha a sua residência).

A incidência do GDPR, pois, não será imediata em qualquer situação, sendo necessário identificar em qual medida há intenção de efetivamente se oferecer bens ou serviços a pessoas que se encontrem fisicamente no território da União [...] (Lima, 2018, p. 31).

Apesar de aplicável a Lei 13.709/2018 para qualquer operação de tratamento realizada pelos controladores, independentemente do país de sua sede, ou ainda, independentemente do país em que estejam localizados os dados, o art. 4 da Lei 13.709/2018 disciplina situações em que não haverá aplicação da norma.

Desse modo, não se aplica a Lei 13.709/2018 ao tratamento de dados “provenientes de fora do território nacional” e que não sejam objeto de comunicação com agentes de tratamento brasileiro ou objeto de transferência internacional, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção adequado, conforme art. 4, inciso IV da Lei 13.709/2018¹⁴. Ou seja, inexistindo grau de proteção adequado, aplicar-se-á a Lei 13.709/2018 em face do Estado proveniente, ainda que esse possua legislação sobre a temática, porém com grau protetivo inferior.

Dessa forma, no tratamento de dados pessoais ocorrido em território estrangeiro, que não possua comunicação com o Brasil, ou seja, objeto de transferência internacional, aplicar-se-á a norma do país estrangeiro, desde que esse forneça grau de proteção adequado ao titular brasileiro.

Até o fim da *Privacy Shield*¹⁵, poderia ser considerado país com “grau de proteção adequado” aquele com capacidade de receber fluxo de dados pessoais da União Europeia, entre eles:

2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares que se encontrem no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com:

- a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento;
- b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União (European Union, 2016).

14 Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...]

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (Brasil, 2018).

15 O *Privacy Shield* foi um acordo entre a UE e os EUA, de adoção voluntária de interessados, que tinha como objetivo fornecer às “empresas de ambos os lados do Atlântico um mecanismo para cumprir os requisitos de proteção de dados em apoio ao comércio transatlântico”. Por sua vez, recentemente o Tribunal de Justiça da União Europeia (ECJ) em inglês concluiu que o *Privacy Shield* falhou em proteger a privacidade das pessoas cujos dados estavam sendo transferidos para os EUA. O órgão constatou que os programas de vigilância dos EUA não se limitavam a coletar somente o que era necessário, e que os titulares dos dados não tinham recursos legais nos EUA em caso de reclamações. No final, o ECJ anulou o acordo *Privacy Shield*, o que deixa o futuro das transferências de dados entre a UE e os EUA preso em um limbo jurídico.

Andorra, Argentina, Canadá, Ilhas Faroe, Guesney, Israel, Ilha de Man, Jersey, Nova Zelândia, Suíça, Uruguai e Estados Unidos (Gutierrez, 2018, p. 218).

Por sua vez, no atual cenário, há de se indagar quais serão os critérios adotados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados para estabelecer quais os países estão no mesmo patamar protetivo, até porque a Lei 13.709/2018 utiliza a expressão “grau adequado” e não “grau equivalente”.

É verdade que a redação contida no art. 33, inciso I, do Projeto de Lei - PL nº. 5.276 e da Lei 13.709/2018 reflete o chamado “modelo geográfico”. Isso porque no anteprojeto de lei, a redação do inciso permitia a transferência de dados apenas para países que possuísem nível de proteção “ao menos equiparável”. Desse modo, na redação do Projeto de Lei houve mudança para que a transferência fosse permitida para países com nível de proteção “adequado” (Marques; Aquino, 2021, p. 306).

Nesses termos, em tese não será necessário que a norma do país estrangeiro proporcione sanção nos exatos valores da Lei 13.709/2018, mas que possua previsão sancionatória em grau aproximado e compatível com a Lei 13.709/2018. Não obstante, enquanto a Lei 13.709/2018 não estiver plenamente vigente com uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados estruturada e atuante o debate público permanecerá parcialmente inconclusivo.

Ademais, para fins de transferência internacional de dados, pode-se citar o art. 33 da Lei 13.709/2018, com correspondência ao art. 46 do Regulamento (UE) 2016/679, que dispõe sobre a necessidade ou de: I – grau de proteção de dados pessoais adequado previsto em lei ao país de transferência; ou ainda a comprovação de garantias de cumprimento de princípios previstos em lei, na forma de: a) cláusulas contratuais específicas; b) cláusulas-padrão contratuais; c) normas corporativas globais; d) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos.

Dito isso, pode-se extrair da Lei 13.709/2018 duas situações distintas para a aplicação extraterritorial: I – Será aplicada inclusive aos agentes de tratamento situados em território internacional, quando qualquer atividade de tratamento (coleta, transmissão, comunicação, dentre outras) ocorrer no Brasil, conforme art. 3 da Lei 13.709/2018; II – Ou quando o tratamento de dados pessoais ocorrer fora do território nacional (coleta, utilização, acesso, reprodução, transmissão dentre outros) e que não for objeto de comunicação com agentes de tratamento brasileiro ou objeto de transferência internacional, porém o país de proveniência não proporcionar grau de proteção adequado, conforme art. 4, inciso IV da Lei 13.709/2018.

Nesses termos, a Lei 13.709/2018 deve seguir um propósito certo e funcional, mas que não supere a soberania e a defesa do próprio Estado. Em outras palavras, a Lei 13.709/2018 limita-se, por esse dispositivo, aos efeitos extraterritoriais da lei, que serão somente admitidos caso o país de proveniência dos dados não proporcione grau de proteção adequado aos mesmos (Pinheiro, 2018).

Assim, a aplicação extraterritorial da LGPD levanta questões sobre a soberania dos estados estrangeiros. A lei prevê que, na ausência de um nível de proteção adequado no país onde os dados estão sendo tratados, as normas da LGPD podem prevalecer. Isso pode ser visto como uma interferência na legislação local do país estrangeiro, desafiando o princípio da soberania. No entanto,

argumenta-se que a proteção dos direitos humanos, incluindo o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, transcende as fronteiras nacionais e deve ser garantida de maneira uniforme.

Para mitigar possíveis conflitos de soberania, a LGPD incorpora o conceito de adequação, permitindo a transferência de dados pessoais para países que proporcionem um grau de proteção similar ao brasileiro. Este mecanismo está alinhado com práticas internacionais, como as previstas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, promovendo um equilíbrio entre a proteção dos dados pessoais e o respeito à soberania dos estados.

Entre as características da visão clássica de soberania, pode-se elencar as seguintes: absoluta, perpétua, indivisível, inalienável, imprescritível. Assim, trata-se no poder de dar a todos em geral e a cada um o direito. Já em uma visão contemporânea internacional, a soberania também se reveste na ideia de interdependência e do funcionalismo que limitam o alcance da soberania por força da construtiva reciprocidade de interesses comuns (Lafer, 1995, p. 139). Sob essa ótica, compreende o autor que sua expressão se encontra:

[...] nas diversas formas de cooperação internacional e, num nível mais profundo, na União Europeia, experiência de integração econômica que, baseando-se na delegação de competências das soberanias a instituições supranacionais, pode ser vista como um novo fenômeno das relações internacionais.

Outro modelo clássico de convivência internacional é o de Kant, que procura transcender o subjetivismo das soberanias e dos seus interesses, introduzindo a razão abrangente do ponto de vista da humanidade e do indivíduo como fim e não meio, tendo como horizonte a possibilidade de uma paz perpétua. O desdobramento contemporâneo da visão de Kant são os assim chamados temas globais, cuja primeira grande afirmação jurídica é o artigo 11 do Pacto da Sociedade das Nações. Este artigo postula a indivisibilidade da paz, explicitando que a guerra ou ameaça de guerra diz respeito não apenas às partes diretamente envolvidas – aos interesses de suas soberanias – mas a toda a sociedade internacional (Lafer, 1995, p. 139).

Dito isso, é verdade que a justificativa do art. 4, inciso IV da Lei 13.709/2018 encontra correspondência no art. 45 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁶. Outrossim, o Regulamento Europeu procura estabelecer a partir dos pilares elencados nas alíneas

16 1. Pode ser realizada uma transferência de dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional se a Comissão tiver decidido que o país terceiro, um território ou um ou mais setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegura um nível de proteção adequado. Esta transferência não exige autorização específica.

2. Ao avaliar a adequação do nível de proteção, a Comissão tem nomeadamente em conta os seguintes elementos:

a) O primado do Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, nomeadamente em matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados, das regras profissionais e das medidas de segurança, incluindo as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, que são cumpridas nesse país ou por essa organização internacional, e a jurisprudência, bem como os direitos dos titulares dos dados efetivos e oponíveis, e vias de recurso administrativo e judicial para os titulares de dados cujos dados pessoais sejam objeto de transferência;

b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros; e

“a”, “b” e “c” quais países conferem “grau de proteção adequado”. Logo, espera-se que o contido nas mencionadas alíneas seja material de análise pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira para fins de adequação (Carvalho, 2019, p. 626).

A dificuldade a ser enfrentada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, por sua vez, reside na fixação da técnica e jurídica do significado desses “níveis de proteção adequado”. Até porque, em 1999, com o advento da Diretiva 95/46/CE, Joel R. Reidenberg (1996, p. 911-930) entendia que o *Safe Harbor Agreement* era uma medida plausível a fim de conferir adequação, o que veio a desmoronar com a recente decisão no ano de 2020 do Tribunal de Justiça da União Europeia de considerá-lo inválido¹⁷.

Além da correspondência com o Regulamento (UE) 2016/679, o art. 4, inciso IV, da Lei 13.709/2018 está em harmonia com os princípios do direito internacional, entre eles o princípio da máxima efetividade e o princípio da primazia da norma mais favorável.

O princípio da máxima efetividade no Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em assegurar às disposições convencionais seus efeitos próprios, evitando-se que sejam consideradas meramente pragmáticas (Ramos, 2015, p. 173). Assim, a interpretação dos tratados internacionais deve contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano.

Já o princípio da primazia da norma mais favorável consiste em técnica que visa evitar o conflito aparente entre diversas normas de proteção de direitos humanos. Logo, para se evitar normas que estabeleçam menor proteção, utiliza-se o princípio, pois nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional. Isto posto, impõe-se que seja utilizada a norma mais favorável ao indivíduo.

Neste contexto, é preciso destacar a interligação entre a jurisdição global e o sistema legal nacional, bem como a dependência do direito internacional, que se manifesta na aceitação da responsabilidade principal do Estado em adotar medidas para prevenir quaisquer infrações aos direitos humanos, ou ao menos, reparar o dano causado às vítimas. Nesse sentido, discorre Régio Taiar (2009, p. 303):

[...] o ser humano adquiriu a condição de sujeito de direitos, não apenas nos limites territoriais de seu Estado, mas frente a toda a comunidade internacional, e desse modo, os Estados não mais podem justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania [...].

c) Os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional em causa, ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, bem como da sua participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais (European Union, 2016).

17 Deste modo, Facebook, Google, Oracle e empresas de tecnologia dos EUA passam a ser obrigadas a rever os seus acordos de transferência de dados com o Reino Unido e a Europa, conforme decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 jul. 2020 (pedido de decisão prejudicial apresentado pela High Court – Irlanda – em 9 de maio de 2018 – *Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited*, Maximillian Scherems – processo C-311/18) (European Union, 2020).

De igual forma, a tutela dos direitos humanos, na qual se insere a proteção de dados pessoais, não se trata de uma limitação do poder soberano do Estado, mas da inserção da proteção dos direitos humanos como característica do conceito de soberania. O descortino do tema leva à constatação de que os conceitos de soberania e de direitos humanos não são antagônicos, antes disso, são fundamentos que se apresentam necessariamente interligados. Logo, interferir na dignidade humana é função do Estado e a violação de direitos humanos pelo ente Estatal implica em afronta ao poder soberano, que não está acima da lei.

Seguindo o mesmo raciocínio, o autor conclui que a proteção dos direitos humanos que implica em intervenção no plano nacional não afronta o princípio da soberania dos Estados, ao contrário, fortalece-o. Assim, não pode mais ser questionada com fundamento numa pretensa soberania estatal. É uma conquista conceitual. Não há que se falar em diminuição da importância da soberania, mas sim do redimensionamento dos seus contornos a partir de uma coexistência harmoniosa (Taiar, 2009, p. 307).

Portanto, se o processamento realizado no país estrangeiro for ilegal ou ultrapassar seus propósitos e não houver comunicação com o Brasil ou transferência internacional, é necessário avaliar se o país estrangeiro dispõe de legislação que ofereça um nível adequado de proteção. Na ausência disso, a Lei 13.709/2018 será aplicada ao titular de nacionalidade brasileira, uma vez que tem como base a salvaguarda dos direitos humanos.

Por outro lado, a interferência e a sobreposição de normas de países estrangeiros devem ser vista com cautela, especialmente quando se trata de interferência de países centrais desenvolvidos em países ditos como periféricos ou subdesenvolvidos, de modo que não se utilize da proteção aos direitos humanos como pretexto para se atingir outros interesses.

Nesse sentido, alguns autores são críticos quanto à pretensão do direito da União Europeia fixar regimes transnacionais de proteção de dados pessoais, baseados na extraterritorialidade de aplicação do Regulamento (UE) 2016/679 (Collona, 2014, p. 203-211), por outro lado, alguns autores entendem como positivo que a União Europeia aja como motor de difusão de padrões disponíveis, o que pode possibilitar que países em desenvolvimento possam fruir da oportunidade de também fixar padrões de proteção de dados pessoais (Veronese, 2021, p. 719).

Além disso, sob a ótica do poder fácil aos países centrais desenvolvidos impor suas normas frente aos países periféricos e em desenvolvimento, porém o caminho contrário se torna mais difícil. Assim, imagine um brasileiro, de passagem no aeroporto da França para assistir às Olimpíadas que teve seus dados violados ou tratados de forma irregular. Mesmo que não ocorra qualquer hipótese de compartilhamento ou transferência internacional, a LGPD deveria ser aplicada, caso o país estrangeiro não possuísse um grau protetivo adequado nos termos da LGPD. A questão que se coloca é: conseguiria o Brasil, um país periférico, impor sua legislação sobre a França, um país central e desenvolvido?

Ora, não é o caso, pois a França segue as normas do GDPR (General Data Protection Regulation), que estabelecem um nível de proteção de dados pessoais compatível com a LGPD. No entanto, se esse mesmo exemplo ocorresse em outro país, como os EUA ou a China, a situação seria diferente. A capacidade do Brasil de fazer valer sua legislação sobre esses países se depararia com desafios significativos.

Os EUA, por exemplo, não possuem uma legislação federal de proteção de dados tão abrangente quanto a LGPD ou o GDPR, o que poderia abrir espaço para a aplicação da LGPD em casos específicos de tratamento irregular de dados de cidadãos brasileiros. No entanto, a imposição efetiva da LGPD sobre empresas americanas seria uma tarefa árdua, dada a influência econômica e política dos EUA e sua postura geralmente resistente a regulamentações extraterritoriais de outros países.

Já no caso da China, apesar de ter uma legislação de proteção de dados emergente, conhecida como a Lei de Proteção de Informações Pessoais (PIPL), a aplicação da LGPD encontraria obstáculos tanto legais quanto diplomáticos. A China possui uma abordagem rigorosa e centralizada sobre a governança de dados, o que dificultaria a aceitação de uma intervenção externa como a da LGPD.

Portanto, o Brasil teria grandes dificuldades em fazer prevalecer e aplicar sua legislação de proteção de dados em países como os EUA ou a China. As barreiras não são apenas legais, mas também práticas e diplomáticas, refletindo as desigualdades de poder entre países periféricos e centrais no cenário global. Este exemplo ilustra os desafios de implementação extraterritorial da LGPD e destaca a necessidade de cooperação internacional e harmonização de normas para a proteção efetiva dos dados pessoais.

Outrossim, a realidade dos fatos subverte a tentativa de um direito fundamental de proteção de dados no contexto internacional, motivo pelo qual é medida que se impõe o debate efetivo em nível global sobre os direitos do titular na internet, especialmente no que concerne à privacidade, propondo Stefano Rodotà (2015, p. 1-8) “uma Carta de Direitos das Internet”, de modo a abarcar a tutela de dados pessoais em nível global. Assim, a privacidade não evoca apenas uma necessidade de intimidade, mas sintetiza as liberdades que pertencem ao sujeito no mundo global e interconectado, motivo pelo qual o debate deve envolver uma multiplicidade de atores.

CONCLUSÃO

Diante da problemática estabelecida e dos objetivos traçados, utilizando-se do método dedutivo e das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações, confirma-se a hipótese de que a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) fora dos limites do Brasil enfrenta desafios significativos, especialmente frente a países centrais e desenvolvidos ou aqueles com os quais o Brasil possui relações diplomáticas.

Na primeira seção, estabeleceu os fundamentos teóricos da proteção de dados pessoais enquanto direito humano fundamental. Este alicerce teórico é essencial para compreender a inter-

conexão entre a proteção de dados e os direitos fundamentais, como a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade. A partir dessa base, foi possível explorar na segunda seção a autodeterminação informativa e suas implicações internacionais.

A segunda seção focou na extensão do princípio da autodeterminação informativa além das fronteiras nacionais. Foi demonstrado que a proteção dos dados pessoais não se limita ao território brasileiro, mas se estende globalmente, independentemente do local de tratamento dos dados ou da localização do controlador e do titular. Essa perspectiva é fundamental para entender os desafios da aplicação extraterritorial da LGPD, explorados na terceira seção.

Na terceira seção, foi analisada a aplicação extraterritorial da LGPD e suas implicações à soberania dos Estados. Utilizando de exemplos práticos, como o de um brasileiro em trânsito no aeroporto estrangeiro (francês ou estadunidense), fica claro que, na prática, é difícil fazer valer a LGPD frente a países centrais e desenvolvidos, como França, EUA ou China. A França, por seguir o GDPR, possui um nível de proteção adequado, mas em países como os EUA e China, a imposição da LGPD seria desafiadora. As barreiras legais, diplomáticas e práticas refletem as desigualdades de poder no cenário global, evidenciando as limitações da aplicação da LGPD em âmbito internacional.

Em suma, a aplicação extraterritorial da LGPD enfrenta desafios significativos, especialmente quando confrontada com países desenvolvidos ou aqueles com fortes laços diplomáticos com o Brasil. A proteção dos direitos humanos, como o direito à privacidade e à autodeterminação informativa, transcende fronteiras, mas sua efetiva implementação depende de cooperação internacional e harmonização de normas. Deste modo, pode-se reconhecer e reafirmar a importância da LGPD, mas também reconhecer suas limitações práticas e a necessidade de um diálogo contínuo para fortalecer a proteção de dados pessoais globalmente.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno; MENDES, Laura Schertel. Regulamento europeu de proteção de dados pessoais e a lei geral brasileira de proteção de dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: FRAZÃO, A.; TEPEDIDNO, G.; OLIVA, M. D. (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 6 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 06 ago. 2023.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 17, de 2019.** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0s7lrinhunwf0lsy9eyzoc5s4ql3527531.node0?codteor=1773684&filename=PEC+17/2019. Acesso em: 06 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI nº. 6387.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados Do Brasil - CFOAB. Intimado: Presidente da República. Rel. Ministro Rosa Weber, julgado em 07/05/2020, DJe, 2 de junho 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5078529&ext=RTF20>. Acesso em: 06 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada.** São Paulo: RT, 2007. v. 1.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Transferência internacional de dados na Lei Geral de Proteção de Dados – Força normativa e efetividade diante do cenário transnacional. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 621-647.

COLLONA, Liane. Article 4 of the EU Data Protection Directive and the irrelevance of the UE-US Safe Harbor program? **International Data Privacy Law**, Oxford, v. 4, n. 3, p. 203-221, 2014.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: RT, v. 4, p. 59-67, 2017.

EUROPEAN UNION. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**: C 364/3, [s.l.], 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 6 ago. 2023.

EUROPEAN UNION. **Convenção 108**: Convenção para a proteção de indivíduos com Respeito ao processamento automatizado de dados pessoais, de 28 de janeiro de 1981. European Union: Council of Europe, 1981. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-1/1680aa72a2>. Acesso em: 6 ago. 2023.

EUROPEAN UNION. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950**. Paris: European Court of Human Rights, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 6 ago. 2023.

EUROPEAN UNION. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. **Jornal Oficial da União Europeia**: L 119/1, Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT-EN-FR/TXT/?from=PT&uri=CELEX%3A32016R0679&qid=1615924045194>. Acesso em: 06 ago. 2023.

EUROPEAN UNION. Tribunal de Justiça. **Document 62018CJ0311**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 16 jul. 2020. Pedido de decisão prejudicial apresentado pela High Court (Irlanda) em 9 de maio de 2018. Contra: Facebook Ireland Limited, Maximillian Scherems (processo C-311/18). EUR-Lex, European Union, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0311>. Acesso em: 6 ago. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUTIERREZ, Andriei. Transferência internacional de dados & estratégias de desenvolvimento nacional. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). **Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 213-228.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 35, p. 137-148, 1995.

LIMA, Caio César Carvalho. Objeto, aplicação material e aplicação territorial. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). **Comentários ao GDPR: Regulamento geral de proteção de dados da União Europeia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 23-37.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; PEROLI, Kelvin. A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil no tempo e no espaço. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de Lima (coord.). **Comentários à lei geral de proteção de dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 69-100.

MARQUES, Fernanda Mascarenhas; AQUINO, Theófilo Miguel de. O regime de transferência internacional de dados da LGPD: delineando as opções regulatórias em jogo. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JR., O. L.; BIONI, B. (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 299-319.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MOTA, Ivan; TENA, Lucimara Plaza. Fundamentos da LGPD: círculos concêntricos e sociedade de informação no contexto de direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 538-576, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/4330/371372603>. Acesso em: 6 ago. 2023.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Genebra: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 6 ago. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2015.

REIDENBERG, Joel R. Governing networks and rule-making in Cyberspace. **Emory Law Journal**, New York, v. 45, p. 911-930, 1996. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/29/. Acesso em: 6 ago. 2023.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet? Tradução de Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffê. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>. Acesso em: 6 ago. 2023.

RODOTÀ, Stefano. Tecnologias e direito. In: MORAES, Maria Celina Bodin (org.). **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JR., O. L.; BIONI, B. (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 22-61.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VERONESE, Alexandre. Transferências internacionais de dados pessoais: o debate transatlântico norte e sua repercussão na América Latina e no Brasil, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; BIONI, B. (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 689-727.

VIANNA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. **Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, v. 18, p. 344, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Tulio_Vianna/publication/28769889_A_era_do_Control_e_introducao_critica_ao_direito_penal_cibernetico/links/54353c430cf2dc341dafb3c6/A-era-do-Controle-introducao-critica-ao-direito-penal-cibernetico.pdf. Acesso em: 6 ago. 2023.

O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: ENTRE A DEFESA E INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL

INSTITUTIONALIZATION PROCESS OF THE SUPREME FEDERAL COURT DURING THE COVID-19 PANDEMIC: BETWEEN DEFENSE AND INSTITUTIONAL INDEPENDENCE

David B. Oliveira*

Isabelly Cysne Augusto Maia**

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor associado da Universidade Federal do Ceará e vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2461-2872>.

**Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Administrativo pela PUC MG. Professora. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7178-336X>.

Resumo: Considerando a eclosão da pandemia de Covid-19 no Brasil, no ano de 2020, analisou-se em que medida o contexto exógeno influenciou o posicionamento da Corte, elucidando as interferências desse cenário no processo de institucionalização do Tribunal, voltando-se, especificamente, para o pilar da independência. Sabe-se que em períodos de crise, geralmente, o processo de institucionalização passa por modificações, adaptando-se ao novo cenário externo. Por isso, o objetivo da pesquisa esteve em verificar os impactos do contexto de crise sobre o processo decisório do Tribunal. Teria a Corte conseguido posicionar-se de forma independente? Por meio da Análise do Discurso Crítica de acórdãos publicados pelo Supremo, juntamente com a realização de pesquisa bibliográfica, verificou-se que a instituição se posicionou de forma defensiva, perdendo em níveis de independência institucional. Não obstante o comprometimento do pilar da independência, constatou-se que o Tribunal atuou estrategicamente, visando manter a relevância da instituição, apesar do enfraquecimento no pilar da independência.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Covid-19; independência; atuação defensiva.

Abstract: Considering the outbreak of the Covid-19 pandemic in Brazil in 2020, this study analyzes the extent to which the exogenous context influenced the Court's positioning, elucidating the interferences of this scenario in the institutionalization process of the Court, specifically focusing on the pillar of independence. It is known that in times of crisis, the institutionalization process generally undergoes modifications, adapting to the new external scenario. Therefore, the aim of the research was to verify the impacts of the crisis context on the Court's decision-making process. Did the Court manage to position itself independently? Through Critical Discourse Analysis of rulings published by the Supreme Court, along with bibliographic research, it was found that the institution positioned itself defensively, losing levels of institutional independence. Despite the compromise of the independence pillar, it was found that the Court acted strategically, aiming to maintain the institution's relevance despite the weakening of the independence pillar.

Keywords: Brazilian Federal Court of Justice; covid-19; independence; defensive action.

INTRODUÇÃO

A partir dos conceitos do neoinstitucionalismo, sobretudo em sua dimensão histórica, o presente trabalho busca investigar como o processo de institucionalização do Supremo Tribunal Federal foi influenciado pelo contexto exógeno, desencadeado pela pandemia de COVID-19, analisando-se, especificamente, as interferências da crise no pilar da independência.

É sabido que as Cortes internacionais, durante a pandemia, modificaram suas formas de atuação e de deliberação, causando variações nas respostas oferecidas, pelo fato de que os orçamentos, os recursos e as programações estratégicas das instituições restaram extremamente fragilizados e desorganizados com o avanço dessa megacrise, que apresentou, bem demarcada, uma data de início, mas não data de término.

A justificativa do trabalho encontra-se, portanto, em investigar se o STF teria conseguido funcionar como um espaço de atuação democrática, apesar do contexto exógeno, configurado por uma situação de crise e, conseqüentemente, avaliar a contribuição desse órgão para a consolidação da democracia, dos direitos fundamentais e da legitimidade de seus pronunciamentos. Qual o nível de inflexão da Corte aos “*outputs*” e como se deu o seu relacionamento com os demais Poderes constituem as perguntas norteadoras dessa pesquisa.

Logo, o objetivo do presente trabalho está em identificar como a pandemia de Covid-19 interferiu no processo de institucionalização do Tribunal, mais especificamente no pilar da independência. Teria o Supremo conseguido produzir decisões efetivamente independentes? Dessa forma, busca-se identificar a racionalidade jurídica adotada pelo STF, em um período de grande desorganização institucional, para, então, compreender a argumentação e a fundamentação que o Tribunal tem utilizado em suas decisões, não com o objetivo de estabelecer um juízo de valor sobre a correção ou incorreção de tais posicionamentos, mas para traçar um diagnóstico acerca dos níveis de independência e de autonomia do tribunal.

No que concerne à hipótese que norteia a presente investigação, entende-se, aprioristicamente, que o STF esteve, durante os anos mais severos da crise pandêmica, posicionado mais próximo ao eixo da atuação estratégica do que ao eixo da atuação independente, produzindo decisões normativas, sobretudo no que diz respeito a organização do federalismo, dissonantes das prescrições constitucionais, o que interferiu na sua consistência decisória.

Para tanto, adotou-se enquanto metodologia, a pesquisa bibliográfica, para delineamento dos conceitos indispensáveis a compreensão de uma atuação institucionalmente independente, bem como realizou-se pesquisa documental, a fim de analisar, por meio da Análise do Discurso Crítica, os posicionamentos do Tribunal nos anos de 2020 e de 2021, considerado o período mais crítico na gestão da crise pandêmica.

Visando analisar se as hipóteses formuladas efetivamente se concretizam e buscando atingir o objetivo geral da pesquisa, o trabalho foi dividido em três principais tópicos, cada um deles

com um objetivo específico. Inicialmente, buscou-se esclarecer os conceitos de neoinstitucionalismo e de independência, esclarecendo quais características a Corte Constitucional deve apresentar para ser classificada como independente.

Na sequência, tratou-se do relacionamento do Poder Judiciário com os demais poderes, evidenciando que diversos institutos, juridicamente consolidados, foram manipulados, como os contínuos ataques do Ex-Presidente da República, Jair Bolsonaro, a atuação do Tribunal, impactando, diretamente, o processo deliberativo da Corte.

Por fim, estabelecido o contexto exógeno e a articulação desse contexto com as ideias trabalhadas no primeiro tópico, passou-se a discutir acerca do modelo decisório adotado pelo Tribunal, com o objetivo de estabelecer correlações entre a crise pandêmica e a independência, enquanto dimensão institucional. Teria o STF conseguido posicionar-se de forma independente, mantendo sua consistência decisória, apesar do contexto de crise intensificado pela pandemia de Covid-19? São esses os questionamentos que se pretende desenvolver nas próximas páginas.

1 COMPREENDENDO OS ELEMENTOS DE UM TRIBUNAL INDEPENDENTE A PARTIR DO NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

O novo institucionalismo ou neoinstitucionalismo se caracteriza por apresentar diferentes escolas de análise, buscando pôr em foco não apenas como a instituição é influenciada pelo Estado, mas como pode influenciá-lo. Com a profusão de ideias que se classificam como neoinstitucionalistas, Peter Hall e Rosemary Taylor (2003) propõem agrupar essas diversas escolas em três correntes principais: a histórica, a da escolha racional e a sociológica.

Especificamente no que diz respeito ao institucionalismo histórico, busca-se compreender como as instituições “estruturam a resposta de uma dada nação a novos desafios” (Hall; Taylor, 2003, p. 200). A referida escola também estabelece estudos sobre o comportamento das instituições não apenas em períodos de continuidade, mas, também, em períodos de ruptura, desencadeados por situações críticas, em que as instituições mudam suas formas de atuação, criando disposições de agir, que influenciam a sociedade.

A ideia de institucionalização perpassa, portanto, pela compreensão de previsibilidade. A interiorização do comportamento, por já se conhecer como a instituição decidirá, é que confere essa previsibilidade. Além da previsibilidade, o processo de institucionalização se caracteriza pela percepção que as demais instituições têm da atuação daquela que está sendo observada. Larkins (1996) e Garro (1993) argumentam que o procedimento de institucionalização do órgão provavelmente acontecerá apenas se outros atores estatais reconhecerem que os limites, legalmente expostos, não podem ser transgredidos para a consecução de ganhos políticos ou partidários. Logo, no caso do Judiciário, não basta que este seja diferenciado, durável e autônomo, se os demais Poderes constituídos não lhe reconhecem esses atributos. Assim, para avaliar a qualidade do processo de instituciona-

lização, é necessário analisar como a instituição é percebida pelos demais órgãos sociais. Por isso, almeja-se entender o impacto da política no comportamento do STF, enquanto instituição, e vice-versa, bem como a capacidade da instituição (e não dos Ministros, isoladamente considerados) de tomar decisões e alterar escolhas, que, até então, pareciam bem delimitadas.

Bumin, Randazzo e Walker (2009), no que tange à questão da autonomia ou da independência, ponderam que essa categoria deve ser analisada sob quatro aspectos distintos: a extensão dos poderes de revisão judicial; o controle do orçamento do Poder Judiciário e de suas alocações pelos demais poderes instituídos; o procedimento de nomeação dos Ministros; e as regras de acesso à Corte pela população em geral. Assim, tomando por base, inicialmente, esses quatro pressupostos, será realizada a reflexão sobre a conceituação do pilar da independência à luz da teoria da institucionalização, para depois discutir a associação dessa dimensão com o nível de influência assumido pelo Judiciário em suas decisões.

Iniciando com o primeiro parâmetro para análise dos níveis de independência e autonomia da instituição, é interessante pontuar que a presença do mecanismo de controle de constitucionalidade nos textos constitucionais revela uma preocupação com o futuro da governabilidade em períodos posteriores à implantação da Constituição. A presença do mecanismo de controle reflete que no momento da elaboração do texto constitucional as forças políticas estavam dispersas, a ponto de não ser possível prever quais dessas obteriam êxito no processo eleitoral após a implantação da Constituição. Nesse contexto, as partes prefeririam limitar o poder político pela revisão judicial (Ginsburg, 2003).

Assim, para que o controle judicial realmente funcione, o Judiciário deve ser capaz de tomar decisões independentes. Ao mesmo tempo em que o controle judicial é um elemento de expressão da independência ou da autonomia do Judiciário, esse órgão precisa encontrar-se politicamente autônomo para que o controle efetivamente funcione, assegurando uma livre expressão da Corte.

Por outro lado, é importante pontuar que um controle de constitucionalidade forte atende, também, a interesses das elites políticas estabelecidas. Afinal, a jurisdição constitucional pode vir a ser um importante aliado das estruturas constituídas. Conforme explica Keith Whittington (2005), um controle de constitucionalidade forte pode auxiliar o Poder Executivo a superar entraves relacionados ao Federalismo, a interesses entrincheirados e à heterogeneidade das coalizões políticas. Com isso, pontua-se que ao mesmo tempo em que o controle de constitucionalidade não pode ser visto apenas como um espaço de manifestação das minorias, esse instrumento não funciona, também, sempre de forma alinhada com a política dominante. Dadas essas divergências de manifestação, é que o Executivo tende a tolerar um controle de constitucionalidade forte (Lunardi, 2020).

Rosalinda Dixon e David Landau (2021), por sua vez, elucida que o controle de constitucionalidade “fraco” tende a ser mais responsivo que o controle de constitucionalidade “forte”, uma vez que na sua expressão “fraca”, a instituição conseguiria realizar adequadamente seu papel, mas com baixos riscos de efeitos colaterais, evitando eventuais bloqueios a atuação legislativa ou a

construção de decisões dissonantes da realidade. Verifica-se, portanto, que a depender dos efeitos institucionalmente pretendidos, o funcionamento da própria instituição, o contexto exógeno existente e as condições políticas, tem-se que o controle de constitucionalidade poderá oscilar entre o modelo “forte” e o modelo “fraco”.

A partir das reflexões apresentadas observa-se que o Tribunal poderá oscilar entre os modelos “forte” e “fraco” de controle de constitucionalidade e, ainda assim, manter-se independente. A principal discussão não está, necessariamente, no modelo de controle de constitucionalidade adotado, mas em como garantir que democracias recentes se estabilizem pelo *accountability* das decisões formuladas, mesmo diante das contínuas e inescapáveis oscilações do contexto exógeno. Afinal, a observância ao Estado de Direito e do processo de institucionalização permitem que haja uma efetiva ruptura com o passado, marcado, geralmente, por regimes ditatoriais, bem como contribui para o desenvolvimento de uma cultura constitucional, segundo a qual os atores estatais não podem vir a ser cooptados por forças políticas externas (Larkins, 1996).

Complementando essas construções, Becker (1970) expõe que a independência judicial se encontra configurada quando o Poder Judiciário acredita que pode decidir conforme as próprias convicções, seus valores e suas concepções acerca da interpretação da Lei, apesar das influências políticas e das repercussões dessa decisão no ambiente político. Logo, um Judiciário independente é capaz de realizar o controle de constitucionalidade, seja na modalidade “forte ou fraca”, não obstante o medo ou o anseio de retaliações pelos demais Poderes.

Outro importante ponto de análise para a compreensão dos níveis de independência de uma instituição diz respeito ao número e aos atores envolvidos no processo de nomeação e de escolha dos Ministros. Assim, quanto mais atores estiverem envolvidos nesse processo, a tendência é que o funcionamento da Corte seja mais autônomo (Herron; Randazzo, 2003).

Da mesma maneira, as condições econômicas do país são capazes de influenciar fortemente os níveis de independência e de autonomia de um tribunal. Quando as condições econômicas deterioram, a tendência é que haja uma restrição a qualquer tipo de oposição pelo Poder Executivo, inclusive dos Tribunais (Herron; Randazzo, 2003).

Sobre esse aspecto, Caio Santiago Fernandes Santos (2021), com base nas construções de Boaventura de Sousa Santos, expõe que os Tribunais apresentam função política, sem qualquer objetivo de solucionar as situações de desigualdade socialmente existentes. Dessa maneira, os Tribunais emergem como uma estrutura com uma tendência em conservar as estruturas de poder (Santos, 2021).

O reforço ao papel do Executivo, como uma das características centrais do neoliberalismo, é uma importante característica exógena que contribui para a construção de uma jurisprudência estabilizadora. Afinal, em um contexto neoliberal, o que se espera do Poder Judiciário é que seja capaz de garantir direitos de propriedade, fazendo cumprir os contratos, tornando-se agente da manuten-

ção da ordem social para a reprodução do capital (Correa; Gonçalves, 2021). Espera-se, portanto, um Judiciário forte, mas que atue na conservação do status quo.

Dessa maneira, quanto menos agentes são legitimados a apresentar ações de controle concentrado no STF, menos casos são levados ao Tribunal e menos são as circunstâncias para que a Corte exerça seu poder. Afinal, “o fluxo de casos é, enfim, um elemento essencial na definição das chances que um tribunal tem de exercer qualquer poder relevante em uma dada comunidade”. Quanto mais restritivo é o rol de legitimados, consequentemente, menos casos são apresentados (Arguelhes, 2014, p. 30).

Por fim, um outro fator que influencia o Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade diz respeito à pulverização de partidos políticos e de interesses no Legislativo. Quanto mais pulverizado estiver o poder, fazendo-se necessárias extensas coligações para que leis venham a ser aprovadas, inserindo-se diversos interesses difusos, a tendência é que a norma produzida seja genérica, afastando, por isso, o controle judicial.

Assim, quanto maior for a pulverização política, por meio do multipartidarismo, maior a tendência de a Corte Constitucional se fortalecer, haja vista a extrema dificuldade de os Poderes Políticos chegarem a um processo de alinhamento. Por isso, afirma-se que o crescimento do empoderamento do STF também se deu com a anuência do Executivo e do próprio Legislativo (Barbosa; Carvalho, 2020, p. 20).

Um segundo uso comum do controle de constitucionalidade, conforme mapeado por Matthew Taylor e Luciano da Ros (2008, p. 804), diz respeito à “judicialização como arbitragem de interesses em conflito”. Nesse processo, o objetivo de determinados atores, ao provocar o Tribunal, é viabilizar que sejam definidas determinadas regras, as quais venham a favorecer determinado ator.

Por fim, os autores identificam uma terceira forma comum de acionamento político do tribunal: a judicialização como instrumento de governo. Nesse contexto, busca-se o apoio do Judiciário para as políticas públicas e intervenções que vêm sendo articuladas pelo chefe do Poder Executivo, na tentativa de se obter apoio da instituição (Taylor; Ros, 2008).

Essas três formas políticas de utilização da jurisdição constitucional também revelam que esse pilar, tão caro ao processo de independência da Corte, pode vir a ter a sua extensão comprometida pela forma como os demais atores dela se utilizam. Com isso, é possível visualizar que a extensão do controle de constitucionalidade (uma das dimensões para avaliação dos níveis de independência da Corte, conforme o referencial teórico adotado) perpassa pela análise de outros elementos, tais como: as condições econômicas do período; as influências contextuais referentes à previsão de liberdades civis no texto constitucional; o poder da presidência da República e a organização do Poder Legislativo, no que se refere à pulverização da representação partidária; e, por fim, as partes litigantes que pleiteiam o controle de constitucionalidade.

Por isso, para uma adequada compreensão da independência, faz-se necessário entender o processo de institucionalização do órgão que se pretende estudar, bem como o panorama no qual

se encontra inserido. Dessa forma, reforça-se que a independência, assim como a *accountability* do Judiciário e de suas decisões não é um fim em si mesmo, mas são fatores que devem operar de forma conjunta para assegurar o adequado funcionamento da instituição (Ferejohn; Kramer, 2022).

Pelas questões expostas, concorda-se com a concepção de Larkins (1996), em que a autoridade é vista como um dos atributos da independência ou da autonomia, e não um pilar apartado, que serviria apenas para mensurar o poder das decisões judiciais. Ante isso, os parâmetros que serão analisados no presente trabalho para identificação dos níveis de independência do STF, na perspectiva institucional de facto, são os seguintes: extensão do controle de constitucionalidade, com a identificação do tipo de controle realizado sobre a política pública judicializada; utilização política do controle de constitucionalidade; autoridade da decisão em uma perspectiva relacional e receio da instituição de sofrer represálias. Esse último parâmetro será verificado mediante a presença de argumentos consequencialistas nas deliberações do STF durante os anos mais críticos da pandemia, sobretudo 2020 e 2021, mapeamento a qualidade das novas escolhas realizadas pelo Tribunal em período de crise. Com isso, busca-se uma aproximação da proposta apresentada por Larkins (1996), na medida em que os pontos de estudo dão ênfase mais a noção de dependência, que a de independência.

Essa forma de enxergar o fenômeno também permite conceber que, para haver independência, é necessário que o órgão esteja institucionalizado, com padrões e valores previamente fixados e vice versa. Trata-se de um fenômeno de alimentação recíproca. Considerando esse aspecto, no próximo tópico, será realizada a construção de um panorama da crise desencadeada e reforçada pela Covid-19, evidenciando um importante elemento exógeno que contribuiu para alterações na organização do pilar da independência do STF, considerando que, conforme demonstrado, o padrão de atuação da Corte tende a mudar, a depender das condições externas existentes.

2 COMO A CRISE DE COVID-19 INFLUENCIOU O RELACIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO COM OS DEMAIS PODERES

Durante a pandemia, observou-se que, em algumas situações, o Executivo Federal se utilizou da situação de crise como um pretexto para expandir as competências autocráticas. Logo, as ações políticas que podem ser vistas como subalcance, em outra perspectiva de análise, podem ser interpretadas como estratégia de expansão dos poderes centrais do Executivo (Halmai, 2022). No caso específico do Brasil, pode-se classificar a atuação do Ex-Presidente Jair Bolsonaro como *underreach*, uma vez que houve resistência, por parte do Executivo Federal, em promover medidas de combate ao avanço da pandemia, havendo um avanço do processo de judicialização, na tentativa de se empreenderem contenções as iniciativas do Governo Federal, respaldando o desenvolvimento de políticas públicas pelos entes subnacionais.

Dessa forma, o Poder Judiciário passou a se preocupar, em suas deliberações, com dois fatores primordiais, quais sejam: a continuidade na prestação dos serviços essenciais e a promoção

da garantia e da segurança daqueles que possibilitavam a execução das políticas públicas. Assim, observa-se que não foi apenas a forma de atuação da Corte que passou por alterações, mas também os pontos de deliberação e as preocupações centrais, já que novas demandas foram apresentadas ao Poder Judiciário (Baldwin; Eassey; Brooke, 2020). Nesse sentido, Caio Castelliano, Peter Grajzl e Eduardo Watanabe (2021) explicam que, no caso do Brasil, a pandemia influenciou não apenas a forma de funcionamento da Corte, com as sessões virtuais, por exemplo, mas, também, o conteúdo das decisões, a partir dos temas que se tornaram mais frequentes de discussão na sociedade e que, por consequência, acabaram chegando ao Tribunal.

Outro ponto de impacto no conteúdo das deliberações do Judiciário está no enfraquecimento da centralidade do Executivo na resolução da crise. Esse aspecto contribuiu, sobremaneira, para que a compreensão do conceito de federalismo passasse por reformulações. O próprio STF não apenas reconheceu como contribuiu para a pulverização de poder entre os entes federados, buscando a redução do quadro de desigualdades, pela promoção de políticas públicas que visavam à concretização de direitos sociais.

Nesse sentido, não obstante a grande participação do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e dos Executivos Estaduais e Municipais na estruturação de medidas que contribuíram para o combate à pandemia, é importante apresentar reflexão exposta por David Kuehn, Mariana Llanos e Thomas Richter (2021), quando explicam que, no Brasil, o Executivo Federal passou por um processo de pessoalização. Tal fenômeno se caracteriza pela ideia de o chefe do Poder Executivo fazer uso de atributos de discricionariedade, sem ser influenciado por outros atores políticos, conduzindo de forma pessoal as decisões da máquina pública, em um nítido processo de erosão dos mecanismos verticais, horizontais e diagonais que limitam a atuação do Executivo.

Dessa forma, considerando que as Cortes tiveram um papel proeminente no combate à crise humanitária trazida pela Covid-19, impõe registrar que os Tribunais, de forma genérica, tiveram três modelos de atuação principais: 1) insistiram na observância ao procedimento para invocação de emergência, a fim de que não houvesse a banalização da instituição; 2) envolveram-se com a possibilidade de restrição de direitos, buscando evitar que limitações desmedidas viessem a ser realizadas; e, 3) em alguns casos, determinaram que fossem tomadas medidas efetivas para combate à Covid-19 pelo Poder Executivo, quando se mostrou inerte ou tomando posturas cientificamente inadequadas ao combate da crise (Ginsburg; Versteeg, 2020).

Dentre os três vieses centrais de atuação, acima identificados, pode-se dizer que o fortalecimento aos procedimentos e ritos constituiu a primeira e mais básica estratégia de intervenção assumida pelo Poder Judiciário e foi uma das mais utilizadas no Brasil. Entretanto, com o avanço e a consolidação da crise, o Supremo se tornou mais responsivo, proferindo decisões que reforçaram a autonomia dos entes subnacionais (Vieira; Servo, 2020) e que contribuíram para assegurar a divulgação de informações precisas sobre o combate à doença, bem como viabilizaram observação à Lei de Acesso à Informação, que tentou ser flexibilizada durante o período mais crítico da pandemia (Brasil, 2021a). As intervenções do STF no combate à crise pandêmica, portanto,

demonstraram uma atuação judicial menos deferente e um Executivo com alcance restringido, o que contraria, em certa medida, a atuação que o Poder Executivo costumeiramente apresenta em períodos de emergência.

Para defender que o Supremo teria tido uma atuação mais responsiva a partir de 2019, Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Pereira Barbosa avaliaram quatro pontos de atuação do Governo que ensejaram respostas por parte do Supremo: “[...] desestabilização do controle e da participação social no governo por mudanças burocráticas, a subversão de políticas públicas por decreto, a omissão governamental como forma de frustrar valores e objetivos constitucionais, bem como a intervenção direta em órgãos de fiscalização e controle” (Vieira; Glezer; Barbosa, 2023, p. 593).

O que não foi, entretanto, contemplado no trabalho de Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Pereira Barbosa, é que as posturas aparentemente responsivas do Supremo tiveram como pano de fundo a discussão sobre contornos, objetivos e finalidades do federalismo previsto no texto constitucional. Assim, o que pode parecer, em primeira vista, com uma atuação independente do Supremo, calcada no anseio em responder aos avanços autoritários do Governo Central, revela, uma postura defensiva, lastreada na busca pela manutenção das próprias competências do Supremo, as quais passaram a ser ameaçadas em discursos proferidos pelo chefe do Governo Federal.

A atuação defensiva mostra-se como um passo antecedente ao processo de institucionalização, da qual o pilar da independência faz parte. É preciso primeiro defender e assegurar a própria subsistência do órgão, para depois pleitear avanços no pilar da independência. A prática populista autocrática estabelecida pelo Governo Bolsonaro reforça a percepção de que as decisões responsivas do Supremo são mais defensivas que independentes. Ora, se um dos objetivos da gestão populista é cooptar todos os espaços do Estado, inclusive com o controle do Judiciário, é evidente que o avanço do populismo requer a implementação de um controle judicial abusivo, em que as decisões são alinhadas e estrategicamente planejadas com os interesses do governo. Assim, uma das características da judicialização abusiva é possibilitar a implantação de exceções, com a repressão às instituições democráticas, a fim de assegurar os interesses do Governo Populista Central (Gouvêa; Branco, 2022).

Observa-se que o relacionamento, no período, do Executivo, sobretudo o Federal, com o Judiciário aponta fortes indícios de práticas abusivas e quebras de expectativa, que levaram a posturas responsivas, ladeadas, em grande medida, por um instinto defensivo, de preservação da estrutura do STF e até da democracia. Ilustrativamente a essa ideia, Georges Abboud (2022, p. 230) explica que: “se ao autoritarismo vencer a democracia, não o fará de repente, mas por meio de uma gradual erosão das regras democráticas”.

Traçadas essas constatações, é importante distinguir uma atuação “independente” de uma atuação “defensiva”, uma vez que não são sinônimas. Na atuação defensiva, a estruturação de deliberação está mais preocupada em manter a própria existência do Tribunal, supostamente ameaçada pela atuação política (Oliveira; Ferraz, 2023). Já na atuação independente, o objetivo da decisão está

em alcançar a maximização das potencialidades deliberativas do Judiciário. Em uma, o objetivo é a própria sobrevivência da instituição; na outra, o objetivo é alcançar outros espaços e discussões, ampliando os níveis de influência.

Logo, a chegada da Covid-19 ao Brasil contribuiu, não apenas, para a aceleração de uma crise sanitária, mas também trouxe à tona uma série de outros problemas previamente existentes, dentre eles, a fragilização do federalismo, dentre outras questões. As novas características do federalismo, aceleradas durante o Governo Bolsonaro, passam a ser: omissão na estruturação de ações intergovernamentais coordenadas, intensificação dos conflitos federativos, e a existência de vácuos no Executivo Federal na gestão da crise (Grin *et al.*, 2022). Diante dessas características, Posner (2008) enfatiza que se pode estar diante de um federalismo coercitivo, na medida em que os canais de diálogo e de cooperação estão obstruídos.

Ademais o aumento do número de pedidos de *impeachment* dos Ministros do Supremo, atrelado com outros fatores, como avanço do autoritarismo, a inércia do Executivo Federal na condução da pandemia e os discursos oficiais que visavam promover o enfraquecimento do Supremo, influenciaram a forma dos Ministros de deliberar, diante da instauração do “*court curbing*” no país, fenômeno que busca reduzir os níveis de independência do Tribunal, a partir de condutas advindas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Nesse ambiente de entraves, o Poder Judiciário assume uma postura responsiva, com características defensivas, dando indícios de que as intervenções não poderiam ser classificadas, necessariamente, como independentes.

3 O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Analisando-se as decisões publicadas pelo Supremo nos anos de 2020 e de 2021, considerados como os mais críticos na gestão da crise pandêmica, verificou-se, em grande medida, a preocupação do Tribunal com as consequências e os impactos das decisões, como quando, em diversas oportunidades, se pontuou que:

[...] especialmente após o advento da pandemia, não há como, data venia, aguardar-se eventual inércia da União para, só então, permitir que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exerçam as respectivas competências em matéria de saúde. A atuação do governo central e das autoridades estaduais, distritais e locais há de ser, obrigatoriamente, concomitante para o enfrentamento exitoso da Covid-19, sem prejuízo da necessária coordenação exercida pela União (Brasil, 2020c, p. 48).

Esse trecho revela que o STF, pelo contexto da pandemia, apresentou uma tendência de decidir por decorrência das circunstâncias externas: o panorama da Covid-19 proporcionou a construção do cenário ideal para o fortalecimento do federalismo descentralizado, permitindo ampliação de competências para Estados e Municípios.

Percebe-se, também, a tendência do Tribunal, em algumas circunstâncias, normatizar a confecção das políticas públicas, como na circunstância de definição de erro grosseiro, para limitação das responsabilidades dos servidores públicos, ou no caso de disponibilização das vacinas, em que se consolidou que:

[...] no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial (Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020), nos termos do voto do Relator (Brasil, 2021, p. 20).

O trecho colocado em destaque expõe uma atuação não meramente responsiva, mas, também, normativista do Tribunal, na medida em que fixou prazos e encadeamentos de condutas caso a política nacional de imunização não funcionasse adequadamente.

Outro reflexo da pandemia no processo deliberativo do Tribunal diz respeito ao reforço às decisões monocráticas, em busca de conferir maior celeridade às deliberações, que, pautadas pela urgência, tornaram-se excepcionalmente colegiadas, malferindo o princípio da segurança jurídica (Wada; Teles; Tostes, 2020). As decisões pautadas em disputas federalistas, entretanto, foram tomadas colegiadamente, ainda que em plenário virtual e com percentual de divergência significativo, conforme se observa da análise do *corpus*, contrariando, especificamente sobre o tema de disputas federalistas, a tendência monocrática que o Tribunal vinha assumindo nos últimos anos.

É possível, portanto, avaliar os níveis de desempenho do Tribunal a partir de algumas dimensões que estão intrinsecamente relacionadas com a independência judicial, dentre elas: Autonomia (caracterizada pelo grau em que a estrutura do Judiciário e seu orçamento são regulados pelo próprio Judiciário, e não por outras esferas do Governo); Independência Externa (a relação entre os integrantes da Suprema Corte com outras esferas do Governo, identificada pela possibilidade de esses juízes agirem independentemente de eventuais receios de retaliação); e a Independência Interna (a possibilidade que os juízes têm de se posicionar independentemente da compreensão de seus superiores hierárquicos) (Taylor; Ros, 2008). Logo, quanto maior o nível de independência da Corte, maior é a sua capacidade de influenciar externamente a política, bem como de se organizar internamente em prol da adequada interpretação da norma jurídica, apesar do contexto externo, elemento que é fortalecido quando há observância aos procedimentos.

A partir da pesquisa desenvolvida com Cortes da América Latina, Gretchen Helmke e Jeffrey K. Staton (2009) observam que quanto mais extensa for a agenda política do governo, existe uma potencialidade de serem editadas políticas públicas eminentemente inconstitucionais, ao passo que o Tribunal também tende a adotar políticas públicas expansivas, não obstante saiba que poderá

vir a sofrer retaliações dos Poderes Políticos, mas opta em se posicionar dessa maneira por acreditar que assim poderá “derrubar” a agenda de inconstitucionalidades inaugurada pelo Governo.

Por isso, quando em comparação com demais países da América Latina, pode-se dizer que o STF posicionou-se mais como árbitro, responsável pela resolução dos conflitos entre os Poderes, que como aplicador direto do Direito. Assim, está acima da média regional em termos de independência, mas baixa potencialidade de influência, em termos de Poder (Ríos-Figueroa; Pozas-Loyo, 2010), em razão dos limites das escolhas advindas do Tribunal.

Como adverte Grazielle Albuquerque (2023), o Supremo ganhou visibilidade e precisou se organizar, estrategicamente, para esboçar respostas matizadas com o contexto político, o qual, ao mesmo tempo em que influencia o processo escolha, limita a moldura de possibilidades da deliberação. O contexto interfere diretamente no agendamento estratégico da Corte. Por isso, existem limitações as influências de Poder que o próprio STF pode vir a exercer.

Pelo exposto, já é possível depreender que o STF não atuou de forma deferente, mas, sim, responsiva (sob o ponto de vista externo), na medida em que chegou a especificar alguns elementos de políticas públicas buscando viabilizar maior celeridade em sua concretização, além de uma atuação colegiada e divergente (sob o ponto de vista interno). Essa interação de comportamentos internos e externos se revela, também, como influência do contexto de erosão democrática experienciado.

Se, anteriormente uma atuação prudente e comedida significava concentrar poderes no Governo Federal, no contexto recente, essa não aparenta ser a melhor alternativa, diante do processo de desdemocratização, enfrentado por boa parte do mundo, eminentemente atrelado a uma regressão constitucional (Huq; Ginsburg, 2018).

Vê-se, portanto, que os fatores exógenos, profundamente alterados pela situação de crise, desencadeada pela pandemia, influenciam o processo interno de decisão do Tribunal e a própria forma de relacionamento com os demais Poderes. O que poderia ser estratégico em um primeiro momento, com alterações no contexto exógeno, deixa de ser. Por isso, não basta que os elementos externos sejam favoráveis ao processo de judicialização. É preciso que haja uma predisposição dos Ministros em deliberar sobre esses elementos (Arguelhes, 2014). Ter, portanto, o poder normativo assegurando a intervenção não significa, necessariamente, que ela ocorrerá.

No período analisado percebe-se que o STF se utilizou do poder normativo, como quando no julgamento da ADI nº 6421, em que se discutiu a possibilidade de limitação da responsabilidade dos agentes públicos, pelos atos praticados durante a pandemia, às situações de dolo e de erro grosseiro, sendo, por maioria, compreendido como erro grosseiro aquelas circunstâncias que se afastaram do parâmetro científico. Assim, para justificar as alterações na forma de responsabilização dos agentes, elucidou que:

[...] em época de indefinição e incerteza, o parâmetro dolo e erro grosseiro é uma proteção para evitar que o administrador seja atormentado pelo medo e pela dúvida em decidir e fazer as coisas certas. Se ele superfaturar ou se cometer erros

inaceitáveis, continua responsável. Para decidir em momentos de indefinição, de dificuldade em meio à “Maria Fumaça”, acho, sim, que exige certa proteção ao administrador, seja ele quem for e de qual partido for. Um administrador precisa ter segurança para tomar suas decisões (Brasil, 2020b, p. 48).

O contexto externo se caracterizava, portanto, por “indefinição e incerteza”. Logo, a previsibilidade possível de ser alcançada estaria na ciência, que se revela não apenas como fundamento para frear o arbítrio de práticas autoritárias, mas, também, como pressuposto para o exercício da competência normativa pelo Tribunal. A ciência passa a ser vista como elemento adicional à repartição de competências. Se o ente federado se posicionou de forma alinhada com as recomendações dos órgãos técnicos, nacionais ou internacionais, percebeu-se uma tendência de validação à política pública desencadeada pelo ente federativo, ainda que essa não estivesse no rol de suas competências originais.

Esse mesmo debate aparece na ADI nº 6586, que discutia a constitucionalidade da vacinação compulsória. Em vez de se limitar a declarar a legislação como constitucional ou inconstitucional, o Tribunal, normativamente, elencou alguns critérios a serem observados, a fim de que a vacinação compulsória fosse admitida, registrando que os imunizantes poderiam ser compulsoriamente administrados, inclusive pelos Estados e, ainda que não estivessem inseridos no Plano Nacional de Imunização, se reunissem os seguintes pressupostos:

[...] (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente (Brasil, 2020c, p. 3).

Ainda na ADI nº 6586 foi estabelecido que as políticas públicas seriam viáveis se estivessem baseadas na técnica da “medicina baseada em evidências”. Afirmando que “este Supremo Tribunal tem consolidada jurisprudência pela qual o processo decisório na implementação das políticas públicas de saúde deve ser guiado pela medicina baseada em evidências” (Brasil, 2020c, p. 145), gerando o entendimento de que o Tribunal tenderia a declarar a constitucionalidade de medidas embasadas cientificamente, colocando, dessa forma, os estudos científicos como um filtro de constitucionalidade.

Outra interessante reflexão sobre essa questão foi trazida pela ADI nº 6341, que tratou da competência dos Estados e do Municípios para legislar e adotar as medidas sanitárias necessárias ao combate da pandemia. Por entender que o “o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão” (Brasil, 2020a, p. 2), o Tribunal autorizou que os entes periféricos tomassem as medidas pertinentes ao retardamento do avanço do vírus, embasando suas decisões na ciência, quando afirma que:

Se não é facultado ao poder público menoscar os alertas da comunidade internacional para conter a disseminação da doença que se espalha internacionalmente, tampouco se pretende sobrepor à expertise do órgão responsável em território

nacional – Ministério da Saúde – as recomendações de organismos internacionais. São as evidências científicas que representam importantes balizas a nortear a postura técnica e diferenciá-la de capturas políticas, sobretudo no que se pode considerar proteção insuficiente (Brasil, 2020a, p. 100).

Fica, portanto, notório que o STF utilizou de seu Poder Normativo, atuando como legislador positivo, para assegurar a observância dos direitos fundamentais (Vianna, 2013), estabelecendo parâmetros, sobretudo de natureza científica, para que os Estados e os Municípios, exercessem, de forma descentralizada, a condução de medidas voltadas ao combate da pandemia, valendo-se, inclusive, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade para estabelecer *standards* de atuação dos entes federados, conforme exposto anteriormente. Essa postura de fundamentação das decisões em argumentos científicos revelam um papel decisório racional pelo STF, indo além da sua capacidade institucional, diante da falta de apoio dos atores políticos, sobretudo do Executivo Federal, a posicionamentos científicos (Mattos; Balbi; Kirsztajn, 2022).

Mediado pela racionalidade científica, observa-se que a atuação normativa do Tribunal se ancorou na técnica decisória da “interpretação conforme a Constituição”. A expressão aparece em mais de setenta oportunidades, apresentando indícios de uma tendência do Tribunal em se posicionar como legislador negativo, na medida em que estaria exclusivamente promovendo a interpretação das normas conforme a moldura trazida pelo texto constitucional. Ocorre que, nas circunstâncias analisadas, o Tribunal estaria efetivamente adotando uma interpretação criativa, que transcende o texto constitucional. A questão que se impõe, portanto, é por qual razão o Tribunal estaria tentando “esconder” a atuação normativa, ao dispor em seus votos que tem realizado interpretação conforme?

Entende-se que esse comportamento perpassa, em grande medida, pela visão que o STF tem de si próprio e dos limites de sua atuação. Há uma forte tendência, portanto, em considerar que “o tribunal pode, no máximo, negar a constitucionalidade da obra legislativa, mas nunca produzir algo em seu lugar ou corrigi-la. Com raríssimas posições divergentes, essa é a regra no Supremo Tribunal Federal” (Silva, 2006, p. 203). Então, por mais que o Tribunal tenha se esforçado em classificar sua atuação como “conforme à Constituição”, o que se observa é a adoção de um modelo normativo, que reposiciona os subprincípios do federalismo para assegurar maior efetividade aos direitos fundamentais, indo, portanto, além da mera interpretação.

Apesar do contexto de receios, em que se buscou, em certa medida, uma apresentação de decisões judiciais que visavam promover uma estabilidade constitucional, visando assegurar que os direitos sociais seriam observados, é interessante pontuar que estabilidade constitucional não significa imutabilidade. Assim, “mudanças nas circunstâncias sociais, que, se não modificam o texto da Constituição, impõe-lhe, todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído” (Ferraz, 2000, p. 7). O elemento político ocupa, portanto, espaço de relevo na interpretação constitucional (Ferraz, 2000), viabilizando a realização de um controle de constitucionalidade “forte”.

Nesse sentido, apesar do Supremo Tribunal Federal ter realizado um controle de constitucionalidade “forte”, vê-se que, em grande medida, os votos são marcados pela preocupação com a *accountability* dos pronunciamentos, como quando o Tribunal sinaliza que:

Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de vacinas seguras e eficazes no Programa Nacional de Imunizações, sob a coordenação da União, de forma a atender toda a população, sem qualquer distinção, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação das autoridades locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública de importância internacional, em especial na hipótese de omissão por parte do governo central (Brasil, 2020c, p. 40).

Pode-se inferir que o protagonismo conferido, pelo Supremo Tribunal Federal, a Estados e Municípios na gestão da crise de saúde pública não estaria seguindo o fluxo de precedentes do Tribunal, tanto que se fala em cenário “ideal” de que a coordenação da crise fosse realizada pela União, o que não foi possível diante da “omissão por parte do governo central”, omissão essa que posteriormente seria identificada como articulada e planejada. Logo, o controle de constitucionalidade exercido mostrou-se profundamente influenciado pelo contexto exógeno, o que contribuiu para o enfraquecimento da dimensão da independência no processo da institucionalização.

Ainda sobre a impossibilidade de exercer o controle de constitucionalidade considerado ideal, com a alocação de poderes na União Federal para coordenação da crise, vê-se, em outro trecho, que o próprio STF classifica a alternativa de conferir mais autonomia a Estados e Municípios como “não ideal”, uma vez que nessa estratégia há comprometimento do processo de coordenação e de integração a que o texto constitucional faz remissão, mas a referida articulação se apresenta, sob a perspectiva do Tribunal, como a única possível, por decorrência da inércia assumida pela União Federal. Nesse sentido:

Diante do intrincado e complexo regime jurídico de repartição de competências federativas, o STF tem buscado esclarecer, de forma mais didática, que é competência comum dos entes federativos a adoção ou manutenção de medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19. Assim, a União não pode obstaculizar planos de imunizações a serem conduzidos no âmbito de entes federativos descentralizados.

Essa resposta é ideal? Muito provavelmente, não. O ideal é que aqui nós tivéssemos uma integração que, de alguma forma, o poder se vocalizasse a uma única voz. Mas não é o que está a ocorrer no texto constitucional, que claramente institui esse regime de necessária cooperação entre os entes em matéria de competências administrativas comuns como a saúde (Brasil, 2020c, p. 184).

É possível concluir, a partir da análise do discurso dos acórdãos selecionados, que o controle de constitucionalidade foi utilizado como um instrumento de aceleração na concretização de políticas públicas e não como um fim em si mesmo de avaliar a compatibilidade da norma com o paradigma constitucional.

Diante da inescapável proeminência do argumento político na interpretação constitucional e dos comandos efetivamente estruturados, que não se limitaram a ser declaratórios de inconstitucionalidade, mas introduziram a necessidade de observância a outros pressupostos para que as políticas públicas fossem consideradas válidas, o que se observou foi a estruturação de decisões com interpretação conforme, mas com efeitos aditivos, que foram além das prescrições do texto constitucional, classificando-se, por isso, como decisões manipulativas.

Visando, portanto, à concretização, rápida e eficiente, de direitos fundamentais, diante do contexto pandêmico instaurado, com a consequente ampliação das esferas de atuação dos entes periféricos, não se percebe um efetivo incremento de autonomia, uma vez que as decisões usualmente demarcavam o contexto de excepcionalidade para justificar a preponderância conferida à vida e à saúde em detrimento das regras do federalismo cooperativo. Na ponderação realizada pelo Tribunal, o contexto externo aparece como elemento essencial para justificar o resultado do poder normativo exercido (Dantas; Pedrosa; Pereira, 2021).

Sobre a incontestável influência dos atos do Executivo nos níveis de independência do STF, é interessante pontuar que, mesmo diante desse contexto, o STF, por meio de atuações reativas, buscou repelir práticas tendentes à própria destruição do regime democrático, fortalecendo o princípio da “democracia militante”, segundo o qual “o pluralismo democrático não abarca as ideologias políticas que propugnam pela sua destruição” (Souza Neto, 2020). Assim, em recebendo os outputs da sociedade naquele período, o Tribunal perde em grau de independência, na medida em se envolve politicamente, atuando, em grande medida, como vetor de manifestação dos partidos de oposição, produzindo decisões consequencialistas. Por outro lado, mostra-se extremamente estratégico, na tentativa de manter, em um nítido cenário de erosão democrática, a efetividade dos princípios basilares da Constituição, primando por uma resiliência constitucional substancial, para que até mesmo os opositores à autoridade da Corte pudessem seguir as determinações judiciais, ampliando os níveis de accountability.

Na medida em que decisões normativas foram produzidas, atualizou-se o texto constitucional, para os conflitos inovadores que surgiram no período, ao mesmo tempo, buscou-se proteger o texto constitucional, com a formulação de decisões que se desenvolveram apoiadas nos preceitos superconstitucionais, com o objetivo de maximizar os direitos sociais. Com isso, conclui-se que, no período analisado, o STF não foi integralmente independente, uma vez que sofreu profundas influências do contexto externo em suas deliberações, mas se mostrou resiliente, respondendo positivamente às duas primeiras perguntas apresentadas no parágrafo anterior, na medida em que, a partir dos conflitos desencadeados com os demais atores políticos, buscou atualizar e, ao mesmo tempo, proteger o texto constitucional, mediante a ampliação dos níveis sociais de confiança, por meio da utilização da ciência e da economia, ainda que esse processo tenha desencadeado modificações na compreensão do federalismo.

Pelo exposto, conclui-se que se não há independência da Corte, diante do paradoxo da legitimidade política, a resiliência se manifesta como uma forma de reverter o avanço do autori-

tarismo, classificando-se, por isso, como uma “*breakdown resilience*”, pela sua natureza reativa. Nesse contexto, o STF se apresentou como “o representante mais bem habilitado dentre os poderes da República para evitar o total colapso do regime” (Marona, 2023, p. 525), haja vista o empoderamento do Tribunal diante da pulverização dos partidos políticos, que acabam por deslocar problemas eminentemente políticos para a arena judicial (Barbosa; Carvalho, 2020).

A resiliência à que se refere não foi, portanto, preventiva, mas reativa, a fim de garantir o *accountability* das decisões judiciais que se preocuparam, em grande medida, com a concretização dos direitos fundamentais, visando adequar os conflitos que se apresentavam às regras do jogo democrático.

CONCLUSÃO

A partir das construções realizadas, que o STF, por meio de suas deliberações buscou novas acomodações de poder que permitissem as políticas públicas, sobretudo as sanitárias, fossem concretizadas com a maior brevidade possível. Assim, o Tribunal se posiciona, socialmente, como espaço promotor de políticas públicas. Por isso, visando reduzir os impactos do espraiamento do vírus da Covid-19, o Tribunal priorizou a celeridade e a eficiência das políticas públicas, demonstrando preocupação em oportunizar que os serviços públicos chegassem aos cidadãos.

O contexto de inércia da União Federal, cumulado com falas negacionistas, fortalecimento das práticas neoliberais, tudo isso acompanhado de uma escalada de práticas autoritárias, demonstram a urgência na efetivação dos direitos sociais para o arrefecimento da crise sanitária.

Entretanto, a dimensão sanitária da crise não foi a única a ser considerada. O contexto exógeno revelou ampliação dos contornos da crise política, reverberando, por decorrência dos pronunciamentos do Ex-Presidente Jair Bolsonaro, discursos antidemocráticos, autoritários, dissociados da agenda do Legislativo e, ainda, negacionistas, com contínua deslegitimação dos demais poderes. O Ex-Presidente promoveu sucessivos ataques ao Poder Judiciário, o que contribuiu para a solidificação de votos responsivos, mas estratégicos.

Diante desse cenário, em uma prática de autodefesa, o STF promoveu reacomodações dos poderes, para a proteção de estruturas democráticas, como a repartição de competências, a execução de políticas públicas, a ampliação do acesso aos direitos fundamentais, ainda que essas circunstâncias tenham levado à flexibilização do texto constitucional.

O STF ultrapassa, portanto, a compreensão de maior centralização do federalismo e, estratégica, responsiva e defensivamente, declara, em grande medida, a constitucionalidade das políticas públicas promovidas por Estados e Municípios, fortalecendo um cenário de competição, não coordenado, que, inevitavelmente, se torna insustentável a longo prazo.

A opção defensiva do Tribunal revela um contra-ataque da Corte aos sucessivos pronunciamentos do Executivo Federal, que colocavam os Ministros e o próprio Tribunal como alvos de ameaça, que posteriormente se consolidaram nos atos do 08 de janeiro de 2023.

O avanço de práticas e discursos reacionários foram se consolidando ao longo do mandato do Ex-Presidente Jair Bolsonaro em condutas de desrespeito às instituições, com o objetivo de modificação nas operações estabelecidas, a fim de que as supostas injustiças do sistema posto fossem aplacadas. Essa forma de atuação faz com que se estabeleça a mudança de regras e de operação das instituições para que as supostas injustiças fossem reduzidas.

Imerso nesse cenário, o STF, ao não estimular em suas decisões de controle concentrado a cooperação entre os entes subnacionais, subvertendo a ordem constitucional, contribui para a criação de um cenário de desarticulação, não só de ações, mas também de atos normativos.

Desta forma, adiante do avanço de práticas autoritárias e o contexto exógeno de crise, pode-se dizer que o STF não agiu de forma independente, tendo se portado de maneira defensiva, com a criação de estruturas que visavam manter a própria permanência do Tribunal, incorporando elementos da democracia defensiva, o que, em certa medida, contribuiu para a redução dos níveis de institucionalização do tribunal, com contundentes enfraquecimentos na dimensão da independência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ALBUQUERQUE, Grazielle. **Da lei aos desejos**: o agendamento estratégico do STF. São Paulo: Amanuense, 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no supremo tribunal federal pós-democratização. **Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. DOI 10.5102/unijus.v25i1.2885.

BALDWIN, Julie Marie; EASSEY, John M.; BROOKE, Erika J. Court operations during the covid-19 pandemic. **American Journal of Criminal Justice**, Berlim, v. 45, p. 743-758, jul. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12103-020-09553-1>.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. O supremo tribunal federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 28, n. 73, p. 1-22, dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/78507>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BECKER, Theodore L. **Comparative judicial politics**: the political functioning of courts. Chicago: Rand McNally, 1970.

BRASIL. Senado Federal. **Especialistas apontam desmonte na proteção do meio ambiente**. Brasília, DF: Agência Senado, 20 ago. 2021a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/08/20/especialistas-apontam-desmonte-na-protecao-do-meio-ambiente>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6341**. Petição/STF n. 35.530/2020 decisão processo objetivo. intervenção de terceiro. indeferimento [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6421**. Direito administrativo. ações diretas de inconstitucionalidade. responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. atos relacionados à pandemia de covid-19. medida provisória n. 966/2020. deferimento parcial da cautelar. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de maio de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6586**. Ações diretas de inconstitucionalidade. vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020. pretensão de alcançar a imunidade de rebanho [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1190322031>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 770**. Tutela de urgência em arguição de descumprimento de preceito fundamental. concessão monocrática. competência comum dos entes federados para cuidar da saúde. arts. 23, II, e 196 da cf. federalismo cooperativo. lei 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da covid-19. vacinação. medida cautelar referendada pelo plenário. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275114>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BUMIN, Kirill M.; RANDAZZO, Kirk A.; WALKER, Lee D. Institutional viability and high courts: a comparative analysis of post-communist states. **Australian Journal of Political Science**, Melbourne, v. 44, n. 1, p. 127-153, mar. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/10361140802657052>.

CASTELLIANO, Caio; GRAJZL, Peter; WATANABE, Eduardo. How has the covid-19 pandemic impacted the courts of law? evidence from Brazil. **International Review of Law and Economics**, Amsterdam, n. 66, mar. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3827169>. Acesso em: 2 nov. 2023.

CORREA, Jéssica Flavia Rodrigues; GONÇALVES, Hugo Feitosa. Neoliberalismo e reforma do judiciário no Brasil. **Inter-Legere**, Natal, v. 4, n. 31, p. 1-28, ago. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.21680/1982-1662.2021v4n31id26352>.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos. **Direito Público**, Brasília, DF, v. 17, n. 96, p. 37-64, jan. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.11117/rdp.v17i96.4511>.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive constitutional borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford: Oxford University Press, 2021.

FEREJOHN, John A.; KRAMER, Larry D. Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial restraint. **New York University Law Review**, New York City, v. 77, p. 962-1039, 2022. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-77-number-4/independent-judges-dependent-judiciary-institutionalizing-judicial-restraint/>. Acesso em: 1 nov. 2023.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARRO, Alejandro M. Nine years of transition to democracy in Argentina: partial failure or qualified success?. **Columbia Journal of Transnational Law**, New York City, v. 31, n. 1, p. 1-102, 1993. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cjtl31&div=7&id=&page=>. Acesso em: 1 nov. 2023.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The bound executive: emergency powers during the pandemic. **Virginia Public Law and Legal Theory Research**, Rochester, n. 52, maio 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GOUVÊA, Carina Barbosa; BRANCO, Pedro H. Villas Bôas Castelo. Revisão judicial abusiva e a atuação do supremo tribunal federal nas ADPFs entre março de 2020 e fevereiro de 2021. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 19, n. 1, p. 400-420, 2022. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v19i1.8069>.

GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 87, p. 1-19, fev. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/cgpc.v27n87.85351>.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58, p. 193-223, 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64452003000100010>.

HALMAI, Gábor. The pandemic and constitutionalism. **Jus Cogens**, Berlim, v. 4, p. 303-315, nov. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1007/s42439-022-00069-2>.

HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. Courting conflict: a logic of risky judicial decisions in Latin America. **Jour**, New York City, p. 1-42, set. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228652173_Courting_conflict_a_logic_of_risky_judicial_decisions_in_Latin_America. Acesso em: 1 nov. 2023.

HERRON, Erik S.; RANDAZZO, Kirk A. The relationship between independence and judicial review in post-communist courts. **The Journal of Politics**, Chicago, v. 65, n. 2, p. 422-438, maio 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/1468-2508.t01-3-00007>.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. **UCLA Law Review**, Chicago, v. 78, p. 80-169, jan. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2901776>.

KUEHN, David; LLANOS, Mariana; RICHTER, Thomas. Executive personalisation in the time of covid-19. **German Institute for Global and Area Studies**, Hamburg, n. 2, 2021. Disponível em: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-sssoar-71705-3>. Acesso em: 2 nov. 2023.

LARKINS, Christopher M. judicial independence and democratization: a theoretical and conceptual analysis. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 44, n. 4, p. 605-626, 1996. DOI: <https://doi.org/10.2307/840623>.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARONA, Marjorie. Suprema resiliência: O STF e a erosão democrática no Brasil. In: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Resiliência e deslealdade constitucional: uma década de crise**. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 522-554.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; BALBI, Guilherme; KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. A resposta de cortes constitucionais latino-americanas à covid-19: estudo comparado das experiências do Brasil e do México. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 1-35, jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v10.645>.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. Democracia defensiva no Brasil? uma análise conceitual e jurisprudencial. **Suprema**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 211-238, 30 jun. 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a105>.

POSNER, Paul L. Mandates: the politics of coercive federalism. In: CONLAN, Timothy J.; POSNER, Paul L. (org.). **Intergovernmental management for the 21st century**. Washington: Brookings Institution Press, 2008.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; POZAS-LOYO, Andrea. Enacting constitutionalism: the origins of independent judicial institutions in Latin America. **Comparative Politics**, New York City, v. 3, n. 42, p. 293-311, abr. 2010. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27822311>. Acesso em: 1 nov. 2023.

SANTOS, Adriana Cecilio Marco dos. **O funcionamento do sistema de freios e contrapesos no âmbito do poder judiciário**. 2021. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2499>. Acesso em: 1 nov. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Direito Gv**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 191-210, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35221>. Acesso em: 1 nov. 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia militante e jurisdição constitucional anticíclica: não faz sentido exigir deferência do judiciário diante do autoritarismo**. Jota, São Paulo, 16 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdiacao-constitucional-anticiclica-16052020>. Acesso em: 24 nov. 2023.

TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400002>.

VIANNA, Rodrigo. **O STF como legislador positivo**: justiça constitucional pela efetividade dos direitos fundamentais. 2013. 299 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4227>. Acesso em: 24 nov. 2023.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; SERVO, Luciana Mendes Santos. Covid-19 e coordenação federativa no Brasil: consequências da dissonância federal para a resposta à pandemia. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 100-113, dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042020E406>.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do supremo tribunal federal durante o governo Bolsonaro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 591-605, set. 2022. DOI: <https://doi.org/10.25091/501013300202200030008>.

WADA, Ricardo Morishita; TELES, Carlos André Coutinho; TOSTES, Eduardo Chow de Martino. As decisões monocráticas do supremo tribunal federal em tempos de pandemia: a necessária deliberação suficiente. **Direito Público**, Brasília, DF, v. 17, n. 94, nov. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4463>. Acesso em: 5 nov. 2023.

WHITTINGTON, Keith. Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States supreme court. **American Political Science Review**, Cambridge, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0003055405051890>.

Recebido em: 27/02/2024

Aceito em: 06/06/2024

EM DEFESA DO PRECONCEITO: A NECESSIDADE DE TER IDEIAS PRECONCEBIDAS

DALRYMPLE, Theodore. **Em defesa do preconceito: a necessidade de ter ideias preconcebidas**. Tradução de Reinaldo Azevedo. São Paulo: É Realizações, 2015.

Lara Caxico Martins Miranda*

*Doutoranda pelo Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo de ensino Damásio de Jesus e em Direito Constitucional pelo LFG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1094-4964>.

Reinaldo Azevedo, jornalista e autor de inúmeras obras, abre os estudos de Theodore Dalrymple pontuando características peculiares do trabalho. De acordo com ele, será possível ao leitor reorganizar experiências e repensar temas cotidianos a partir da leitura dos concisos, críticos e bem-humorados capítulos da obra (p. 09). Salienta ainda que a experiência do autor como psiquiatra colabora para a construção de uma visão afastada do senso comum, necessária para que o homem contemporâneo não abandone ideias preconcebidas tão relevantes para a vivência na sociedade moderna (p. 10).

De acordo com Reinaldo Azevedo todos os indivíduos precisam de conhecimentos preestabelecidos, até mesmo sobre eles mesmos. O fato de comportamentos reprováveis como xenofobia, misoginia e racismo terem se tornado, de maneira equivocada, sinônimo de preconceito, fez com que todas as demais premissas, sobre qualquer tema, fossem rechaçadas (p. 10). Por essa razão é que o autor se propõe a reanalisar, sob um viés histórico, lógico e filosófico, ideias costumeiramente propagadas pelas pessoas. Não se discute que “os exemplos são sempre muito convincentes”, mas “os conceitos é que sobrevivem para formar a história do pensamento” (p. 11).

A apresentação da obra, elaborada por Reinaldo Azevedo, é finalizada com uma das expressões do autor que muito bem descreve o trabalho, qual seja, “sem preconceito, não há virtude”. Se todas as opções individuais fossem válidas não haveria o que se discutir socialmente, nem padrões de certo e errado. A moral perderia sentido e não haveriam valores importantes (p. 13).

Dalrymple começa a obra com o capítulo intitulado *O preconceito é um equívoco, portanto a sua inexistência é um acerto*. Nesse, inicia a discussão afirmando que na atualidade muitos indivíduos possuem “um forte preconceito contra todo tipo de

preconceito”. A expressão, inclusive, já recebe característica negativa quando, de acordo com o Dicionário Orford, afirma-se que ela se configura em um julgamento apressado, dando a entender que o indivíduo que mantém preconceitos não faz uma análise detalhada do tema. Ainda se verifica o sentido pejorativo quando o dicionário dispõe que ela possui “especialmente conotação desfavorável” e pode ser entendida como uma “objeção injustificada” (p. 11).

Reconhece o autor que o preconceito como visto majoritariamente refere-se à noção de fazer acepção de pessoas com base nas diferenças de cor da pele (que o autor chama de raça) (p. 17). Entoa ainda que são de conhecimento notório os males que a diferenciação de etnia e de cor da pele geraram no século XX. Entretanto, em razão dessa concepção prática, de ação, que se dá a palavra, torna-se indiferente saber se efetivamente alguém tem um conceito equivocado a respeito do outro, desde que não o efetive em atos comissivos ou omissivos (p. 18).

Salienta, todavia, que concluir que o preconceito é a causa de genocídios e de grandes massacres mundiais é um grave erro lógico. Isso porque, se a premissa fosse verdadeira, acabando com o preconceito não se veria mais tais situações na sociedade. Mesmo que não seja verdadeira a proposição: preconceitos geram determinado mal; aponta ser difícil encontrar atualmente pessoas que admitem possuírem preconceitos (p. 18). Isso porque, se o fizessem, demonstrariam ser, possivelmente, irredutíveis com relação as suas ideias e retrógradas por não quererem as reanalisar. “Uma pessoa assim não se distinguirá como alguém muito atraente, para dizer o mínimo. Portanto, é melhor engolir em seco os próprios preconceitos do que admiti-los em público” (p. 19).

A atualidade é repleta de indivíduos sem preconceitos e sem julgamentos de pessoas ou questões em razão da conotação negativa imputada a essa expressão. Logo, o que se verifica é o controle de todos sobre suas próprias opiniões e pensamentos, ainda que baseadas em nenhuma evidência (p. 19).

O homem que declara não possuir preconceitos receia ser conhecido como alguém que não possui próprias ideias ou é intolerante. Por isso busca conceitos a partir dos quais não há qualquer dúvida de aceitação social, irrepreensíveis, e que consequentemente podem ser usados para construir suas próprias ideias (p. 20).

Enveredando nas justificativas da sua premissa, Dalrymple inicia o segundo capítulo do trabalho intitulado *Os empregos do ceticismo metafísico* afirmando que os céticos radicais não se interessam pela busca da verdade, mas tão somente por, de maneira egoística, reafirmar a liberdade de poder não crer em nada (p. 21). Relutando em rechaçar qualquer possibilidade como verdadeira, não impõe limites sobre si. Apesar disso, criam uma base que varia de tema para tema e que conduz as suas próprias vidas e atos. Nos momentos em que seus interesses estão em jogo tornam-se extremamente investigativos a fim de achar substratos filosóficos para “desqualificar a autoridade moral dos costumes, da lei e da sabedoria milenar” (p. 22).

No terceiro capítulo chamado *A história nos diz aquilo que queremos ouvir*, Dalrymple passa a discorrer sobre a história e as concepções que essa impõe aos indivíduos. Afirma, inicialmente,

que é de conhecimento geral que os “costumes, leis e a sabedoria milenar foram frequentemente opressivos “. O uso da autoridade que se baseia nesses por vezes faz com que o indivíduo abuse do seu poder e construa um espaço ilegítimo de soberania, como se vê, por exemplo, nos cenários históricos de guerras e genocídios (p. 23).

Vale ressaltar, todavia, que o autor afirma que nem todas as escritas atuais feitas da história compreendem exatamente o que aconteceu. Caso fosse possível retratar a história do mundo em toda a riqueza de detalhes em que ela se deu, certamente teríamos uma reprodução do mesmo tamanho e tempo, o que logicamente se torna impossível. É por essa razão que historiadores, cada qual com as suas ideologias, reproduzem parte da história do modo como a enxergam e querem fazer os leitores a enxergarem. Nesse viés, questiona Dalrymple “como visões tão distintas do mesmo objeto foram possíveis, ambas escritas por homens de inteligência, cultura e talento?” (p. 25).

A resposta vem logo em seguida quando o autor explica que cada ser é capaz de ver a história com os óculos da sua própria percepção. Enquanto uns avaliam os fenômenos pela via do progresso, outros o veem pela via da degradação ambiental. Enquanto uns enxergam riqueza outros enxergam disparidade social. Cada qual consegue notar aquilo que destaca em si. Apenas os fatos, quando analisados honestamente, são capazes de eliminar quaisquer valores imputados sobre os fenômenos. Esses, porém, continuam sempre sujeitos a interpretação dos indivíduos que, por vezes, realizam os maiores contorcionismos para encaixá-los conforme a sua forma de vê-los (p. 25-26).

No capítulo quatro o autor aborda a temática, que também estabelece como título, de *Por que preferimos ver os desastres da história às suas realizações*. Segundo Dalrymple a história costuma ser contada a partir das suas perversidades, o que faz com que os seus leitores aprendam apenas o que não devem fazer no futuro (p. 29).

Toda vez que uma máxima social deixa de existir outra toma o seu lugar e essa é, não sempre, mas na maioria das vezes, pior. Muitos preconceitos são de fato verdadeiramente ruins para a vida social, mas isso não pode induzir as pessoas a acreditar que é possível viver sem eles. É preciso que o indivíduo olhe para a autoridade do passado e reconheça que o mundo não iniciou com ele, logo não são apenas as suas concepções as necessárias a regerem sua própria vida. A sabedoria acumulada com o tempo é relevante e importante. Admitir a possibilidade de sempre sair sem qualquer premissa implicará situações nefastas.

Recebido em: 07/08/2023

Aceito em: 03/10/2023

O FILTRO INVISÍVEL: O QUE A INTERNET ESTÁ ESCONDENDO DE VOCÊ

PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você.** Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

Ana Lúcia Maso Borba Navolar*

Eli Pariser, ativista e autor, apresenta em “O Filtro Invisível” uma análise do impacto da personalização algorítmica na maneira como informações são consumidas na internet. Partindo de um contexto histórico e técnico, o autor explora como plataformas digitais utilizam algoritmos para criar universos informacionais exclusivos, moldando não apenas as experiências individuais, mas também dinâmicas sociais amplas.

A obra é estruturada em torno da ideia central da “bolha dos filtros”, conceito que descreve o isolamento informacional gerado pela hiperpersonalização de conteúdos. Tal fenômeno ocorre porque os algoritmos priorizam informações que refletem preferências anteriores dos usuários, restringindo seu contato com perspectivas divergentes.

Pariser fundamenta sua análise em exemplos concretos, entrevistas e estudos acadêmicos, oferecendo uma narrativa acessível e simultaneamente crítica. Ele argumenta que, ao limitar a diversidade de ideias, essas bolhas comprometem o debate público e a construção de consensos necessários em sociedades democráticas.

No cerne do livro está a crítica ao funcionamento opaco dos algoritmos que regem plataformas como Google e Facebook. Segundo Pariser, tais sistemas decidem quais informações o usuário verá com base em seu histórico de cliques, preferências de navegação e localização geográfica. Essa prática, que ele denomina “personalização invisível”, tem como objetivo maximizar o engajamento, mas resulta em consequências significativas, como a fragmentação do discurso público e o reforço de preconceitos.

A “bolha dos filtros”, além de limitar o acesso a novas ideias, afeta diretamente a democracia. Pariser aponta que uma democracia funcional exige cidadãos expostos a múltiplas perspectivas, especialmente aquelas que desafiam suas convicções.

*Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil também pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6658-7455>.

Contudo, ao moldar o consumo de informações exclusivamente em torno das preferências individuais, os algoritmos dificultam esses encontros fortuitos e necessários.

Outro ponto central é a monetização de dados pessoais. Pariser explica como as empresas de tecnologia coletam informações sensíveis para vender publicidade direcionada. Embora isso aumente a eficiência comercial, ele alerta que essa prática frequentemente compromete a privacidade e a autonomia dos usuários, ao passo que reforça um determinismo informacional: o que os indivíduos acessam hoje define o que lhes será mostrado amanhã.

Embora o autor apresente reflexões pertinentes, sua análise é um pouco limitada, algumas soluções propostas, como maior transparência nos algoritmos, carecem de um detalhamento sobre sua viabilidade prática, considerando a resistência das empresas e os desafios regulatórios.

Apesar das limitações, o livro é uma contribuição valiosa para o debate sobre o impacto das tecnologias digitais na sociedade contemporânea. Pariser alerta para os riscos de uma internet moldada exclusivamente para agradar e engajar, defendendo a necessidade de preservar a diversidade de ideias e experiências.

A obra é particularmente relevante para juristas, acadêmicos e profissionais interessados nos desdobramentos éticos e sociais das novas tecnologias, oferecendo uma análise que transita entre o técnico e o reflexivo.